

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

THIAGO FELIPE VARGAS SIMÕES

FAMÍLIA, AFETO E SUCESSÃO

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2007**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

THIAGO FELIPE VARGAS SIMÕES

FAMÍLIA, AFETO E SUCESSÃO

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título Mestre em Direito Civil sob a orientação do Prof. Doutor. Francisco José Cahali.

SÃO PAULO
2007

Banca Examinadora

Agradeço, inicialmente, a Deus, pelo dom da vida e pela família que tenho.

Agradeço aos professores e amigos, Dr. Flávio Cheim Jorge e Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, pelo incentivo e apoio desde o início desta empreitada.

Agradeço aos meus amigos que ficaram na maravilhosa terra capixaba (de quem a saudade não foi capaz de me afastar) pela compreensão de não poder estar com eles em todos os momentos, bem como aos novos que fiz ao longo deste curso, de norte a sul deste país.

Agradeço aos professores que tive ao longo deste maravilhoso curso de Mestrado: Dr. Arruda Alvim, Dr. Donaldo Armelin, Dr. Francisco José Cahali, Dr. Márcio Pugliesi e Dr. Nelson Luiz Pinto, pelas inesquecíveis aulas e debates proporcionados.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco José Cahali, que sempre se mostrou interessado na realização deste trabalho. Por sua amizade e atenção dispensada.

Agradeço, com apreço especial, à professora, magistrada e amiga, Dr^a. Vasti Maria de Jesus (tia Vasti) que desde o início da minha vida e trajetória no mundo jurídico me acompanha, me alentando com muito amor, carinho e atenção.

Dedico este trabalho às pessoas mais importantes da minha vida: aos meus pais (Carlos e Janete) e à minha irmã Maria Carolina (Cacá), de quem fiquei privado de suas companhias por longos dois anos para que este sonho pudesse ser realizado. Sem o apoio e amor de vocês não teria condições de cumprir essa jornada!

Dedico, em especial, à memória do meu avô Hugo de Vargas Fortes. A saudade deixada ao longo desses 9 anos só não são maiores do que o amor e o carinho que existem no meu coração!

“Quando se quer mudar os costumes e as maneiras,
não se deve mudá-las pelas leis”

Montesquieu

RESUMO

PALAVRAS CHAVES: FAMÍLIA; AFETIVIDADE; SUCESSÃO

O Direito das Sucessões tem ligação com todas as suas demais áreas. Suas normas, como o Direito de Família, são revestidas de caráter público. As relações familiares se modificam não apenas por questões tratadas pelo legislador, já que a partir de 1988 a família passou a ter proteção constitucional, com suas regras e princípios ditados pela Carta Magna, gerando consequências no campo do Direito das Sucessões. O trabalho consiste em demonstrar a importância do elemento AFETO como formador de família, indo além das regras pré-estabelecidas pelo atual texto de Código Civil e dar um novo tratamento aos princípios fundamentais que norteiam as relações de parentesco, com vistas a assegurar o direito sucessório aos afetivamente relacionados.

ABSTRACT

KEY WORDS: FAMILY; AFFECTIVITY; SUCCESSION

The Inheritance law has linking with all its too much areas. Its norms, as the Family law, is coated with public character. The familiar relations if modify not only for questions treated for the legislator, since from 1988 the family started to have constitutional protection, with its rules principles dictated for the Great Letter, generating consequences in the field of the Inheritance law. The work consists of demonstrating to the importance of the element AFFECTION as family former, going beyond the rules daily pay-established for the current text of Civil Code and giving a new treatment to the basic principles that guide the blood relations, with affectively related sights to assure the successory right to.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAP. I – DO DIREITO SUCESSÓRIO	13
1.1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS	13
1.2 – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	15
1.3 – FUNDAMENTOS	33
1.4 – CONTEÚDO E CONCEITO	38
1.5– DA VOCAÇÃO DOS HERDEIROS	41
1.5.1 – Da legitimação para suceder: a influência da indignidade e deserdação – a importância do afeto	42
1.6– DOS TIPOS DE SUCESSORES	48
CAP. II – DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	50
2.1 – INTRODUÇÃO	50
2.2 – DOS REGIMES DE BENS	51
2.2.1 – Comunhão parcial	54
2.2.2 – Comunhão total	58
2.2.3 – Participação final nos aqüestos	60
2.2.4 – Separação	61
2.3 – A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA TRAZIDA PELO ATUAL TEXTO DE CÓDIGO CIVIL	63
2.4 – DA SUCESSÃO DOS DESCENDENTES E DO CÔNJUGE	66
2.5 – DA SUCESSÃO DOS ASCENDENTES E DO CÔNJUGE	70
2.6 – DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE	72
2.7 – DA SUCESSÃO DOS COLATERAIS	74
2.8 – DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	74
2.8.1 – Considerações gerais	75
2.8.2 – Do regime patrimonial e peculiaridades da sucessão	78

CAP. III – DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO	83
3.1 – INTRODUÇÃO	83
3.2 – LINHAS E GRAUS DE PARENTESCO	85
3.3 – DOS TIPOS DE PARENTESCO	88
3.3.1 – Por consangüinidade	88
3.3.2 – Civil - Por adoção	89
3.3.3 – Espiritual e Afinidade	92
3.3.4 – Pelo afeto – A família afetiva – O afeto como formador de família	93
CAP. IV – AS NOVAS TENDÊNCIAS DA FAMÍLIA E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO SUCESSÓRIO	110
4.1 – INTRODUÇÃO	110
4.2 – SUCESSÃO PELA AFETIVIDADE – A VALORIZAÇÃO DO AFETO ENTRE OS MEMBROS DA FAMÍLIA	114
4.2.1 – Introdução	114
4.2.2 – Posição legal	117
4.2.3 – Nosso entendimento	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões, no que se refere à regulamentação da transmissão de um conjunto de bens de alguém para seus herdeiros, não é composto por normas das mais novas.

Essa relação jurídica de transmissão de bens possui vários elementos, mantendo-se, mesmo com a mudança de um dos pólos da relação inicial, o objeto em seu estado inicial.

O Direito das Sucessões encontra-se em contato constante com todas as áreas do Direito Civil. Suas regras, como o Direito de Família, possuem uma roupagem de cunho público, vez que dita regras e mecanismos de todo um sistema de determinada nação.

Desde a edição do texto de Código Civil elaborado por Clovis Bevilacqua, cuja vigência se iniciou em 1917, a família sempre teve tratamento especial dispensado pelo legislador.

Seus conceitos, idéias e finalidades vieram se modificando ao longo dos anos. A família passou a ter suas regras modificadas não apenas por leis, mas, também, pela sua própria evolução.

Forjado nas idéias do início do século passado, o Código Civil trouxe em seu bojo os reflexos de uma família patriarcal, numa perspectiva inteiramente machista, cuja divisão estava concentrada na pessoa do homem, e até a promulgação da Constituição Federal de 1988 esta visão foi paulatinamente se modificando.

Evidente que as alterações não se restringem à Carta Magna de 1988, vez que a noção de núcleo familiar está sempre em processo de mutação, sem perder a sua essência: a de ser, num primeiro prisma, instituição de cunho jurídico/social que tem como fonte originária o casamento e a união estável constituída por pessoas de sexos opostos; e num segundo prisma, instituição por meio da qual se criam vínculos

decorrentes das relações entre pessoas, como o vínculo conjugal, o de parentesco e o de afinidade.

Mas nem sempre as relações se formam apenas por questões tratadas pelo legislador, pois com o advento da CF/88, a família passou a ser tratada numa perspectiva constitucional, sofrendo influência direta das regras e dos princípios que permeiam a seara política/social em nosso país.

Essa mesma família, que outrora era composta apenas por aqueles que a lei elencava, tem, nos tempos atuais, um novo elemento formador: o afeto, o amor!

Esse elemento é que nos faz transcender ao longo deste estudo das regras pré-estabelecidas pelo atual texto de Código Civil e dar um novo tratamento aos princípios fundamentais que norteiam as relações de parentesco, com vistas a assegurar o direito sucessório aos afetivamente relacionados.

Sempre que possível serão colacionadas fontes doutrinárias, em sua grande maioria de Direito Civil, ressaltando que quando necessária à compreensão do trabalho, normas de direito processual também serão abordadas, bem como jurisprudências e opinião deste autor.

Nossa proposta é apresentar soluções a uma questão que envolve a realidade das famílias denominadas sócio-afetivas. Trazemos considerações sobre os direitos sucessórios de filhos de criação, que nos faz, sempre que necessário, apresentar nossas convicções acerca de modificações que o atual texto de Código Civil deveria sofrer para corrigir tal esquecimento do legislador.

No primeiro capítulo é feita uma ampla análise dos elementos do Direito das Sucessões, sua origem e evolução histórica, trazendo considerações doutrinárias e pessoais sobre temas que são relevantes no desenvolvimento e na conclusão deste trabalho.

A ordem de vocação hereditária é tema de análise no segundo capítulo, onde abordamos não apenas as modificações que o atual texto de Código Civil trouxe

quando de sua edição, mas, também, as regras atinentes aos regimes de bens do casamento e suas implicações no momento da sucessão.

No terceiro capítulo analisaremos as regras que dizem respeito às relações de parentesco, trazendo as disposições do atual texto de Código Civil como uma posição que nele encontra lacuna que a doutrina e jurisprudência já tratam (ainda que de forma tímida): as relações de parentesco oriundas da afetividade.

Serão analisados, de maneira mais detalhada, os elementos que compõem e dão corpo à relação de afeto (paternidade/filiação sócio-afetiva), isto é, o estado de filiação, a posse do estado de filho e o valor jurídico do amor como criador de família.

Por fim, no quarto e último capítulo, trataremos das novas tendências da família e suas implicações no Direito das Sucessões, em especial à sucessão dos vinculados afetivamente, expondo nossas razões e propostas para uma aplicação mais justa e social do direito sucessório, em conjugação com os princípios dos direitos de família e constitucional.

Na conclusão do trabalho é feita uma abordagem sobre o panorama jurídico-social da sucessão pela afetividade, indicando quais são os pontos que entendemos ser mais carentes de alterações e atenção especial por parte do legislador, no sentido de abarcar os filhos da *adoção à brasileira* na sucessão de seus “pais”, com o escopo de tornar mais real a finalidade do Direito e a real intenção do legislador quando optou por traçar o atual texto de Código Civil, com base nos princípios da eticidade, função social e boa-fé.

Para que não haja estranheza por parte dos leitores, cumpre-nos esclarecer que ao tratarmos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não utilizaremos a expressão “Código Civil novo”, por entendermos não se tratar de um novo código, mas, sim, de uma atualização da lei civil de nosso país, tendo como novidade apenas o paradigma que o concebeu: refletir uma alteração profunda dos elementos trazidos pela formulação original de Clovis Bevilacqua.

CAP. I – DO DIREITO SUCESSÓRIO

1.1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Oriunda do termo latino *successio*, a palavra sucessão traz a noção de que alguém assume o lugar de outra pessoa, passando a responder pelos seus bens, direitos e obrigações anteriormente contraídos. Sucessão, portanto, nada mais é do que transmissão de direitos.

Para uma melhor compreensão, podemos dizer que a palavra sucessão deve ser vista sobre dois prismas: um subjetivo e outro objetivo. Pelo aspecto subjetivo, trata-se do direito de alguém adquirir bens e obrigações do falecido, ao passo que, sob o aspecto objetivo, refere-se às leis que regem a transferência integral dos bens e das obrigações que a compõem o patrimônio do falecido.¹

A sucessão é uma relação jurídica complexa, com vários elementos ou condições, que são também fases pelas quais deve passar até atingir a sua finalidade: **a)** morte do autor da herança ou abertura da sucessão; **b)** devolução da herança ou vocação hereditária; **c)** sobrevivência e idoneidade do sucessor; **d)** aquisição ou aceitação da herança.² Portanto, quando ocorre a substituição pelos legitimados a tal, a relação jurídica primária não sofre nenhum prejuízo, tendo em vista a permanência do objeto da relação em seu estado inicial, sendo alterado, apenas, um dos pólos da relação.

A mencionada alteração se procede com a integralidade dos bens/direitos/obrigações (denominada *sucessão a título universal*) ou de forma restrita, sendo determinados os direitos/obrigações que serão transmitidos a quem de direito (denominada *sucessão a título singular*).

¹ “(...) a palavra *sucessão* designa um modo especial de aquisição, consistente na transmissão universal do patrimônio de uma pessoa falecida a uma ou mais pessoas vivas.”. (CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código civil brasileiro interpretado*, p. 6).

² CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil, tomo 9, vol. 2*, p. 590.

As referidas sucessões operam-se de duas formas: durante a vida do titular (*sucessão inter vivos*) ou em decorrência da morte do titular (*sucessão causa mortis*); abrangendo, esta última, a totalidade do patrimônio do morto.

O Direito das Sucessões é enraizado nas demais áreas de nosso Direito Civil, possuindo vínculo com o Direito das Obrigações, Direito das Coisas e Direito de Família.³⁻⁴⁻⁵. Ainda que esteja posto como um direito privado, não pairam dúvidas acerca de sua característica pública, assim como o Direito de Família, vez que dita regras e mecanismos de todo um sistema de determinada nação.

Sob nossa ótica, a matéria tem sua abrangência facilmente detectável diante da própria ordem dos Livros do Código Civil (Parte Geral e Parte Especial – Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões), haja vista a facilidade de visualizar toda a vida do ser humano dessa maneira: o indivíduo nasce, passa a ser sujeito de direitos e obrigações, adquire bens, constitui família e falece, deixando os bens/direitos/obrigações adquiridos para seus herdeiros.

³ Segundo ROSA, Alcides (*Noções de direito civil*, p. 239), “O direito das sucessões se relaciona, intimamente, com o direito de família, pois é pelo parentesco que se estabelece a ordem da vocação da herança, não deixando, entretanto, de ter numerosos pontos de contacto com outras partes do Código.”.

⁴ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. (*Sucessões*, p. II), “A família, repetem os philosophos de todos os credos, é a *cellula mater* da sociedade civil; de sua organização vigorosa ou fragil depende a fortaleza ou imbecilidade do povo, o qual outra cousa não é que vasto aggrupamento de famílias. Ora o regimen da propriedade na familia e consequente transmissão dos bens por morte do chefe ou de algum de seus membros é assumpto que altamente interessa a garantia e segurança dessa sociedade nuclear da qual depende a grande sociedade que se chama nação. A constituição da propriedade na familia reflecte as crenças moraes e religiosas do tempo, e tem no Direito das Sucessões seu mais accentuado indice; é claro, porque no modo de transmissão dos bens por morte está estereotypada a idéa que em certa época vigora ácerca da familia e do papel que é chamada a desempenhar na sociedade.”.

⁵ CUNHA GONÇALVES (*ob. cit.*, p. 594): “A sucessão é, ainda, sob outro aspecto, a mais complexa de tôdas as relações jurídicas, como se verifica pelo seguinte: a) nos *direitos reais*, a relação se estabelece, somente, entre o sujeito do direito e uma cousa, e são indeterminados os sujeitos da obrigação, que é puramente negativa, pois consiste em *não impedir* ou *não lesar* aquêlê direito; b) nos *direitos de obrigações*, a relação estabelece-se entre pessoas determinadas, a obrigação é positiva e tem por objecto uma *prestação* de cousa ou factô, que não preexiste no patrimônio do credor ou do sujeito de direito; c) nos *direitos de família* encontramos direitos reais e direitos de obrigação, e mais, os direitos de carácter pessoal e moral, derivados da instituição natural e social, que é a família; d) enfim, na *sucessão*, entram tôdas as relações precedentes e aparece mais a apontada transmissão de bens por morte do seu titular.

Espelhado no civilismo francês, nosso ordenamento adotou o denominado direito de *saisine*⁶⁻⁷⁻⁸, pelo qual, morto o titular dos direitos e obrigações, transmite-se, imediatamente, sua posse aos herdeiros.

Ramo integrante da parte especial do Direito Civil, o Direito das Sucessões trata da alocação de todos os bens e obrigações contraídas pelo *de cujus*⁹, cumprindo-nos ressaltar que tal ramo do Direito abriga apenas as relações entre pessoas físicas, vez que apenas estas podem exprimir suas disposições de última vontade.¹⁰

Direito hereditário ou das sucessões, como visto, é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixou de existir. Essa transmissão constitui a *sucessão*; o patrimônio transmitido denomina-se *herança*; e quem a recebe se diz *herdeiro*.¹¹⁻¹²

As novas tendências e modificações sofridas pelo Direito de Família exerceram forte influência sobre o Direito das Sucessões, o que pode acarretar mudanças na ordem dos vocacionados, pois o reconhecimento do afeto como criador de vínculo familiar trará, como veremos em Capítulo próprio, uma nova visão no campo da vocação hereditária.

⁶ “A noção de *saisine* remota ao tempo dos francos, mas são os documentos dos tempos merovíngios e carolíngios que nos permitem avaliar o sentido do termo *saisine* designando na Idade Média, o poder legítimo de uma pessoa obter e conservar uma coisa que pertencera a um parente.”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil, vol. xxi – Do direito das sucessões*, p. 6).

⁷ “L’affectation familiale des biens des membres de la famille se traduit d’une autre manière. Il est nécessaire que les biens soient affectés non seulement à l’entretien, mais à la survie de la famille. Les enfants créent de nouvelles familles; pour qu’elles puissent poursuivre l’oeuvre commencée par les générations précédentes, il faut qu’elles reçoivent les biens familiaux. Le patrimoine familial assurera ainsi l’unité entre les familles qui se succèdent.”. (MAZEAUD et MAZEAUD. *Leçons de droit civil, tome quatrième – régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, p. 532).

⁸ “(...) A abertura da sucessão dá-se com a morte, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem. Em nenhum momento, o patrimônio permanece acéfalo. (...) Ocorrida a morte, no mesmo instante são os herdeiros. (...)”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. VI*, p. 17).

⁹ Abreviação da expressão “*de cuius successionem agit*”.

¹⁰ Corroborando nossas afirmações, nesse sentido é a doutrina de TELLES, Inocêncio Galvão (*Direito das sucessões – noções fundamentais*, p. 9): “O direito das sucessões faz parte do direito civil. O direito civil, como se sabe, é o direito privado comum, ou seja, o direito aplicável à generalidade das relações entre os particulares. O destino que há-de ter o cerco de direito e obrigações de cada indivíduo para lá da sua morte é um aspecto dessas relações. Está em causa a projecção jurídica além-túmulo da pessoa. Por isso nos encontramos sob a jurisdição ou na órbita do direito civil.”.

¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, p. 12.

¹² No mesmo sentido: MAXIMILIANO, Carlos (*Direito das sucessões, vol. I*, p. 22): “O direito hereditário surge e afirma-se na sociedade qual complemento natural da geração entre os homens; esta é a causa de sucessão interminável na vida da humanidade.”.

1.2 – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Lastreada na idéia de continuidade, o direito das sucessões não é um ramo dos mais novos do Direito Civil, haja vista a influência das antigas civilizações. Entretanto, estas o conheciam de forma diversa da apresentada a nós hodiernamente.

Segundo Bevilaqua¹³:

“Os povos primitivos desconheciam o direito sucessório no sentido moderno da expressão. Vivendo em grupos familiares em comunhão de bens, todos os membros desses grupos eram proprietários comunistas, pais e filhos, ascendentes, descendentes e afins.

A primeira manifestação do direito hereditário aparece com a sucessão do dos chefes. Ao chefe, cabe não só a direção política do grupo, si uma tal expressão não é por demais ousada, como também a administração do patrimônio comum.”¹⁴

De acordo com Cunha Gonçalves, “o instituto da sucessão remonta à noite dos tempos, porque êle encontra-se regulado já, como dissemos, no Código de Hamurabi, rei de Babilônia, no século XXI antes da E. C., assim como no direito dos Hindus, dos Egípcios, etc.”¹⁵

É possível encontrar registros do direito sucessório na Índia antiga, onde havia o denominado *Manava Dharma Zastrá* (o então livro de Leis de Manú já trazia peculiaridades sobre a sucessão daquele povo). Na legislação de Manú, a finalidade do matrimônio não era outra senão a conservação da espécie e a procriação, sendo que somente a este era dado fazer os sacrifícios mortuários pelos quais o defunto se elevava a um céu superior ou se libertava do inferno.¹⁶

Na Índia, diz Itabaiiana de Oliveira, “a herança pertencia ao mais próximo *sapinda*; na falta deste, ao *samanodaca*, e não existindo este grupo, aos descendentes de um mesmo *rishi*.”¹⁷⁻¹⁸

¹³ BEVILAQUA. *Ob. cit.*, p. 70.

¹⁴ No mesmo sentido: “Os povos primitivos, vivendo em grupos familiares sob a autoridade do *pater* e em completa comunhão de bens, não conheceram a sucessão, tal qual a entendemos atualmente.” (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões, vol. I*, p. 125).

¹⁵ CUNHA GONÇALVES. *Ob. cit.*, p. 605.

¹⁶ ZANNONI, Eduardo A. *Derechos de las sucesiones, tomo I*, p. 2.

¹⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 126.

Fustel de Coulanges¹⁹ diz que:

“(...) na época em que essas antigas gerações principiaram a fantasiar sobre a vida futura, os homens não acreditavam ainda em recompensas nem em castigos; julgavam não depender a felicidade do morto da conduta mantida pelo homem durante a sua vida, mas daquela mantida pelos seus descendentes para com este, depois de sua morte. Por isso, cada pai esperava da sua posteridade aquela série de refeições fúnebres que assegurasse aos seus manes repouso e felicidade.

Este conceito foi princípio fundamental do direito doméstico entre os antigos. Daí derivou, como regra, deverem todas as famílias perpetuar-se para todo o sempre. Os mortos tinham a necessidade de que sua descendência nunca se extinguisse. No túmulo, onde continuavam a vida, os mortos não tinham outro motivo para sua inquietação que o receio de vir a romper-se a sua cadeia de descendência. O seu pensamento único como o seu único interesse estavam em terem sempre um homem de seu sangue para lhes levar as oferendas ao túmulo. Do mesmo modo, o hindu acreditava que os mortos lhe repetiam incessantemente: ‘Oxalá nasçam sempre filhos na nossa linhagem, para que nos tragam o arroz, o leite e o mel’; o hindu dizia ainda: ‘A extinção de uma família causa a ruína da religião dessa família; os antepassados, quando privados da oferenda dos bolos, precipitam-se no abismo onde moram os desgraçados.’.

Outro aspecto histórico da sucessão na Pérsia e na Grécia antigas, é o fato de que em ambas as civilizações, havendo procriação em abundancia por parte das famílias, essas recebiam presentes e outras benesses do Rei.

Na Grécia antiga a questão era um tanto quanto mais profunda. Nesta civilização, “reputavam a carência de posteridade varonil era reputada como desgraça, já que desta maneira perigava a sucessão do culto dos antepassados da família”.²⁰

Como observado acima, sendo a consorte infértil, seu abandono ou repúdio eram autorizados; conforme tratado minuciosamente em outro trabalho:

“Na antiga Grécia, a esterilidade foi também justa causa de repúdio. Heródoto fala-nos de dois reis espartanos que, por essa razão, foram coagidos a abandonar suas consortes. Entretanto, afirmam os historiadores que, nos gloriosos tempos homéricos e na época da grandiosa juvenilidade helênica, aberta em seguida, o divórcio era fato incógnito, ou de extrema raridade. Mas, com a grandeza, o luxo, os requintes de cepticismo, que vieram depois, as dissoluções matrimoniais tornaram-se uma embriaguez, que a todos os espíritos toldara.”^{21, 22}

¹⁸ “En Inde, enfin, selon les lois de Manou, ‘la personne qui hérite, quelle qu’elle soit, est chargée de faire les offrandes sur le tombeau’.” (GRIMALDI, Michel. *Droit civil – successions*, p. 23).

¹⁹ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*, pp. 44-45.

²⁰ ZANNONI, Eduardo A. *Ob. cit.*, p. 3.

²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*, p. 280 *Apud* SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *in Causas da Separação judicial*, p. 11 (Monografia apresentada ao Prof. Dr. Nelson Luiz Pinto quando da conclusão da disciplina Direito de Família I, em julho de 2006, no curso de Mestrado em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP).

Avançados os povos mais primitivos, chegamos a Roma, onde o Direito Sucessório teve inúmeras e importantes modificações, alterando completamente o que se conhecia da disciplina, como passaremos a discorrer a partir de agora.

No Direito Romano existiam seis tipos de relações jurídicas, a saber: **a) patria potestas; b) dominica potestas; c) manus; mancipium; d) dominium e; e) obligatio.** De igual maneira, cumpre-nos ressaltar que neste antigo direito o herdeiro não era tido como um simples sucessor dos bens deixados pelo outrora proprietário, isto se dava, pois, quando havia falecimento na Roma antiga, o patrimônio do *de cuius* passava para as mãos de seus sucessores mediante duas formas autônomas: por força legal ou por disposição de vontade do defunto.

Para Cretella Junior²³,

“Dois princípios regem o direito sucessório romano: 1º) a superioridade do testamento sobre a sucessão *ab intestato*; 2º) incompatibilidade de princípio entre a sucessão testamentária e a *ab intestato*, vigorando a regra: *ninguém pode morrer, testando uma parte e deixando outra parte sem ser testada (nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest)*. Em outras palavras: a instituição de herdeiro deve ser universal, não sendo permitido chamar um herdeiro a uma parte da sucessão e deixar o resto aos herdeiros *ab intestato*.”.

O direito sucessório apresentou fases e regras distintas dentro do Direito Romano: o *Sistema das XII Tábuas*; o *Sistema Pretoriano* e o *Sistema Justiniano*. Para tratar de tais momentos da matéria objeto deste trabalho, adotaremos as divisões elaboradas por Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira e Orlando Gomes.

- *O Sistema das XII Tábuas:*

Em conformidade com a doutrina dos doutrinadores supra mencionados, o Direito Romano apresentou, inicialmente, o Sistema das XII Tábuas, pelo qual era trazida uma tripartição na classe dos herdeiros quando não havia testamento deixado pelo *de cuius*: a) os herdeiros necessários (*heredes sui et necessarii*); b) os que

²² Ainda sobre a dissolução da entidade familiar no direito grego arcaico, possuímos o seguinte entendimento: “No direito grego, a dissolução se dava por iniciativa do marido, quando este devolvia ao lar paterno sua esposa ou quando a abandonava. Caso esta fosse despedida sem uma causa justa, lhe era garantida a possibilidade de pleitear a devolução do dote, bem como indenização e alimentos.”. (SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Ob. cit.*, p. 7).

possuíam vínculo de parentesco com o *de cuius* (*agnados*); c) os agregados de famílias descendentes (*gentiles*).²⁴⁻²⁵

Tal regra retrata o brocado latino “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*”.

A primeira classe de herdeiros no Sistema das XII Tábuas, os *sui heredes*, era aquela cujos sucessores se encontravam sobre o pátrio poder do falecido, incluindo, segundo Itabaiana de Oliveira²⁶, a mulher *in manu*, que se achava *in loco filiae* e os filhos gerados anteriormente à sucessão.²⁷

Cunha Gonçalves²⁸ relata que,

“Por uma espécie de ficção, os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, quando fôssem parentes próximos, adquiriram os respectivos bens por direito próprio, isto é, independente da aceitação da herança; e, por isso, eram designados por *heredes sui, heredes necessarii*”.

O conteúdo dessa primeira classe de herdeiros trouxe um importante legado ao Direito Sucessório: o conceito de continuidade, que se perpetua até os tempos atuais. Neste diapasão, cumpre-nos trazer a justificativa para tanto.

A idéia de continuidade surge com a instituição da *gens*²⁹, em Roma, como mecanismo que compreendia as famílias descendentes de uma mesma árvore

²³ CRETELLA JUNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 248.

²⁴ Esta é a doutrina de GOMES, Orlando (*Sucessões*, p. 3): “No direito das XII Tábuas, o “*pater familias*” tinha absoluta liberdade de dispor dos seus bens para depois da morte, mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: 1. “*sui*”; 2. “*agnati*”; 3. “*gentiles*”.

²⁵ Sentido idêntico: ALMADA, Ney de Mello (*Sucessões*, p. 31): “Sob o pálio da Lei das Doze Tábuas, três ordens de sucessores existiam: os *sui*, os *agnati proximi* e os *gentiles*. Os primeiros se tornavam *sui iuris* com a morte do *de cuius*, sendo herdeiros necessários, privados da faculdade de renúncia. À sua falta, os agnados mais próximos vinham recolher a herança, exigindo-se que aceitassem. Por último, eram vocacionados pela Lei das Doze Tábuas os *gentiles*, membros integrantes da *gens* a que pertencia o pai de família.”

²⁶ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 127.

²⁷ GOMES, Orlando (*Ob. cit.*, p. 3), ““*Heredes sui et necessarii*” eram os filhos sob pátrio poder, a mulher ‘*in manu, quia filiae loco est*’ e outros parentes sujeitos ao ‘*de cuius*’.”

²⁸ CUNHA GONÇALVES. *Ob. cit.*, p. 605.

²⁹ LACERDA DE ALMEIDA. (*Ob. cit.*, p. IV), “A cidade, a *gens*, a família estavam cada uma sob a guarda de seus deuses tutelares, e a necessidade de celebrar, como disse, em certas épocas

genealógica e aqueles que passaram a fazer parte destas famílias pela *cooptatio*, sendo esta a forma mais arcaica de Estado. Com isso, a família passou a ser vista e reconhecida como o agrupamento de pessoas que se submetiam às ordens e regras de um chefe.

A constituição da família é o ápice da sociabilidade do ser humano, vez que não há como imaginar o homem vivendo à margem das demais pessoas que compõem a população de sua cidade, estado ou país.

A família, em todas as épocas, influenciada por poderosa mística - os elementos morais e religiosos estão sempre presentes - aparece como a base de sustentação da sociedade. A sua forma de se constituir é que tem variado no tempo e no espaço. Assim, enquanto a poligamia foi a tônica dos povos orientais, os povos do Ocidente tiveram a monogamia³⁰ como regra.³¹

Diante das evoluções oriundas dos Códigos de Hamurabi e de Manu, dos hebreus e egípcios, não há como deixar de ressaltar a importância romana, civilização para a qual o termo *família* significava o conglomerado de pessoas colocadas sob a direção de um líder – o denominado *pater familias* – e o patrimônio deste. Contrariamente ao que se entende da família moderna, que se funda no matrimônio de seu líder, a família romana se alicerçava no patriarcalismo: tudo girava em torno do *pater familias*, ficando seus descendentes sujeitos a sucederem-no após seu falecimento.

Segundo a doutrina trazida por Eduardo A. Zannoni chegamos à conclusão de que “o assentamento da família romana era o *heredium* - base territorial e política desta - sendo o *heres* o sucessor na chefatura do organismo familiar; ou seja, o *heres* sucedia uma chefatura política familiar economicamente consolidada em torno do

ceremonias próprias do culto respectivo convocava e reunia em torno do altar *commum* cidadãos, *gentis*, membros da mesma família.”

³⁰ De acordo com PEREIRA, Rodrigo da Cunha (*Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, pp. 106-107): “O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.”

³¹ NASCIMENTO, Walter Vieira. Lições de história do direito, p. 45.

heredium, ao passo que a *hereditas* foi o efeito necessário daquela propriedade familiar originária sobre os bens privados.”³²

Por seu turno, os *agnados* representavam a segunda classe de herdeiros, chamados apenas quando não havia os *sui heredes*, ficando a ordem de vocação procedida pelo grau de parentesco, ficando os mais distantes preteridos pelos mais próximos, isto é, os parentes colaterais de origem meramente paterna (irmãos, tios e primos).

A sucessão das mulheres agnadas foi, depois, restringida pela *Lex Voconica*, e daí vem o ter a *interpretatio prudentium* aplicado à sucessão *ab intestato* os fundamentos dessa lei, estabelecendo na praxe, que, quando mesmo nos *sui heredes et consanguinei* fôssem compreendidas as mulheres, por agnados só se deveriam entender os homens.³³

Patente está que o direito sucessório existia apenas para os homens. Washington de Barros Monteiro³⁴ traz a seguinte lição:

“(...). Se o finado deixava simultaneamente filhos e filhas, estas não herdavam. Sua exclusão era ditada ou porque a lei assim determinava, ou em virtude de um simples dote. A Lei Sállica, que apenas contemplava os varões na distribuição da propriedade imobiliária, constituía típico exemplo dessa injustiça social. Assim também a Lei Vocônica, inspirada por Catão no intento de colocar um freio à dissipação e à independência das mulheres e que vigorou em certo período do direito romano, as privava de capacidade testamentária passiva; mas essa lei, que contrariava a equidade e a própria natureza, logo foi revogada.”

Na última classe de herdeiro existente no direito romano encontravam-se os *gentiles*, os herdeiros beneficiados com a ausência daqueles tratados nas duas primeiras classes, sendo afetados nesta divisão, os membros de um mesmo grupo familiar, no qual se incluía a genitora do *de cuius*.

Observa Itabaiiana de Oliveira que as *gentes* eram os agregados de famílias descendentes de origem sempre *ingenua* e usuários dos mesmos nomes e dos mesmos sacrifícios – *nominia et sacra gentilitia* – dos quais faziam partes os

³² ZANNONI, Eduardo A. *Ob. cit.*, p. 6.

³³ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 128.

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. *Curso de direito civil, v.6 – direito das sucessões*, p. 2.

respectivos *clientes* e *libertos*, compreendidos não só os *manutenidos*, mas também os filhos emancipados e a mulher casada. Semelhante aos agnados, entre os *gentiles* precediam os mais próximos aos mais remotos.³⁵

Contudo, o sistema *sub examen* não perdurou muito tempo, como expõe Ney de Mello Almada³⁶:

“À presente síntese histórica adita-se que, na família romana, o parentesco não se baseava em consangüinidade, senão na *potestas*. O *pater* e seus descendentes eram agnados entre si; o parentesco pelo sangue chamava-se *cognatio* (cognação), os quais, por ato do pretor, passaram a receber herança pela *bonorum possessio*. Porém, ao tempo de Justiniano, desaparecendo a assimetria entre *agnados* e *cognados*, a família romana passou a distinguir-se pela comunhão de sangue.”.

- O Sistema Pretoriano:

A segunda fase do direito romano nos remonta aos tempos do direito pretoriano, em que foi criado um novo sistema, o qual chamava a suceder os agnados e cognados, sem estabelecê-los na mesma linha vocatória. Sem dúvidas, este Direito trouxe uma brusca alteração no plano jurídico romano, passando a admitir as seguintes ordens de sucessíveis: os *liberi*, os *legitimi*, os *cognati* e o cônjuge sobrevivente (*vir et uxor*), que se baseavam na *bonorum possessio*.³⁷

A *bonorum possessio* implicava a imissão na posse dos bens hereditários por ditame inovatório do pretor. Era a sucessão universal. Herdeiros que não o seriam pelo mencionado Direito Civil, assim se tornavam por decisão pretoriana. O Direito Pretoriano teve por escopo ajudar, suprir ou corrigir o Direito Civil.³⁸

Os *liberi* compreendiam os *sui heredes* do direito anterior, bem como os *emancipati*, que eram os filhos alheios ao pátrio poder, haja vista não participavam da herança. Neste momento, tendo em vista o poderio econômico dos *emancipati* (estes possuíam a herança em nome próprio, ao contrário dos *sui heredes*, que apenas possuíam a herança para aqueles em que estivessem sob o pátrio poder) foram

³⁵ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 128.

³⁶ ALMADA, Ney de Mello. *Ob. cit.*, pp. 30-31.

³⁷ Cf. ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 129.

³⁸ ALMADA, Ney de Mello. *Ob. cit.*, p. 31.

estes obrigados a participar da *collatio bonorum*, com o escopo de realizar igualdade entre os herdeiros.

Quanto aos *legitimi*, importa frisar que estavam abarcados aqui tanto os *legitimi heredes* do Sistema anterior quanto os *consanguinei*, os *agnati* e os *sui heredes*, com exceção dos *capite minuti*, por não serem estes últimos *legitimi*. Como no revogado regime jurídico, os mais remotos eram preteridos pelos mais próximos. Cabe frisar que, neste direito pretoriano, foram garantidas aos herdeiros civis as benesses da posse pelos interditos.

A ordem dos *cognati* se dava sempre que houvesse falta dos herdeiros civis, ficando tal classe competente para aqueles que possuíam grau de parentesco até o sexto grau com o falecido, não sendo relevante o sexo destes.

Outro fato interessante é que os *ex sobriño sobrinaque nato nataeve*, os quais se encontravam no sétimo grau de parentesco e, mesmo que tivessem ingressado para família diversa, seja pela adoção ou por arrogação, também estavam legitimados a herdar, sendo a vocação procedida da mesma forma que as demais: os mais próximos preferem aos mais remotos.³⁹

O cônjuge sobrevivente (*vir et uxor*) herdava apenas se os herdeiros mencionados acima não fossem encontrados ou se não existissem, ficando então o cônjuge que tivesse celebrado o *justum matrimonium* autorizado a receber a herança.

É de se ressaltar que nesta fase, se existisse uma colisão entre herdeiros civis e herdeiros pretorianos, os primeiros é quem possuíam preferência na sucessão, haja vista que incumbia ao pretor a proteção ao direito civil estabelecido (*jus civile*).

Posteriormente, o pretor passou a admitir que o herdeiro pretoriano pudesse fazer valer seus direitos quando estivesse em confronto com o herdeiro civil e a *bonorum possessio*, que era deferida a este, inicialmente, sem eficácia (*sine effectum*) passou, posteriormente, a ter a devida eficácia (*cum effectum*).

³⁹ Cf. entendimento de ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 130.

Embora não tenha alterado, profundamente, de modo radical, o sistema sucessório do direito civil, completado o trabalho contínuo do pretor, o sistema vigente na época imperial traz importantes modificações no âmbito do *jus hereditatis*, principalmente a partir de dois *senatusconsultos* do segundo século, o *senatusconsulto* Tertuliano e o *senatusconsulto* Orfitiano.⁴⁰

Na reforma imperial, realizada pelo *senatusconsulto* Tertuliano, e promulgada no reinado de Adriano (ano 117-138), que era filho adotivo de Trajano, ficou conferido à mãe direito à herança dos bens dos filhos, não importando se legítimos ou ilegítimos, do pai e dos irmãos consangüíneos destes. Ressaltamos que a sucessão que ocorria com essa reforma se dava na modalidade de *jure civili* e *ab intestato*.

As irmãs consangüíneas concorriam com a mãe, recebendo, então, esta a metade dos bens do filho, sendo todos os demais parentes excluídos pela mãe.⁴¹

Promulgada nos reinados de Marco Aurélio (ano 161-180) e Cômodo (ano 180-192), a reforma do *senatusconsulto* Orfitiano determinou a sucessão de forma igualitária para os filhos legítimos e ilegítimos, trazendo-os junto à sucessão da mãe preterindo de forma total os *agnados*. Ressalta-se que netos não possuíam direitos idênticos àqueles concedidos à prole.

Esse movimento renovador foi continuado por sucessivas constituições imperiais. Valentiniano, Teodósio e Arcádio estenderam o direito de sucessão dos filhos, em relação aos ascendentes pela linha feminina.⁴²

- *O Sistema Justinianeus:*

A última fase de mudanças relevantes no Direito Romano nos remonta aos tempos do imperador Jusitiano.

⁴⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 253.

⁴¹ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 131.

⁴² CRETELLA JUNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 253.

No período deste imperador, o direito sucessório sofreu uma mudança que fez com que a matéria passasse por uma reestruturação completa, ficando, de uma forma coesa e única, as peculiaridades anteriores, de cunho civil, pretoriano e imperial.

A sucessão, até o Sistema Justianeu, passava por uma crise haja vista que o patrimônio era o centro de todo o plano sucessório.

Conta Oliveira Ascensão⁴³,

“A crise, já latente na época clássica, prolonga-se até Justiniano. Este pensou poder simplificar e reestruturar o sistema justamente pela aproximação das noções de transmissão e sucessão. A sucessão hereditária seria ainda uma modalidade de transmissão. Caracterizar-se-ia por recair, não sobre bens ou situações jurídicas individualmente consideradas, mas sobre uma *universitas*, sobre aquela nova unidade que é a herança. Contrapõe-se assim, a uma sucessão a título particular, a sucessão a título universal.”

Tal fato pode ser observado com a edição das Novelas 118 (ano 543) e 127 (ano 548), onde foi determinada a vocação de todos os parentes, sem que houvesse distinção de agnados e cognados.

Pode-se depreender que a Novela 118 chamou na primeira linha os descendentes do defunto, na segunda linha seus ascendentes, e finalmente os colaterais. Esta ordem, entretanto foi modificada comparada aos irmãos e as irmãs e à prole destes em primeiro grau.⁴⁴

Este sistema procedeu a profundas alterações no direito sucessório, instituindo o testamento e trazendo à sucessão “os descendentes, os ascendentes em concurso com os irmãos e irmãs germanos, os irmãos e irmãs consangüíneos ou uterinos, os outros colaterais (agnados e cognados), o cônjuge sobrevivente e o fisco⁴⁵⁻⁴⁶, que

⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – sucessões*, p. 453.

⁴⁴ AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, p. 385.

⁴⁵ Sobre a sucessão do Estado: “Somente na falta de herdeiros regulares e dos demais irregulares, é que tinha lugar a sucessão do Estado (*fiscus*), segundo prescrevia a *lex Julia et Papia Poppea*, sendo que, neste caso, os bens se denominavam *bona vacantia*, e contando-se este direito do fisco no número de sucessões *per universitatem*.” (ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 134).

⁴⁶ “A ‘*lex Julia et Papia Poppea* prescrevera o direito do Estado à sucessão, quando ocorresse a ‘*vacantia*’.” (GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, p. 4).

arrecadava a herança vacante. Em cada classe, o concurso entre herdeiros resolve-se pela primazia do parente de grau mais próximo em relação ao autor.”⁴⁷

A Novela 53 tratou da situação da mulher, melhorando-a mediante a criação da *quarta do cônjuge pobre*, pela qual se reconhece à viúva sem recursos o direito de receber, na sucessão do marido, mesmo havendo herdeiros de ordens mais próximas, uma parte, fixada de acordo com a fortuna dos herdeiros, até o máximo de um quarto.⁴⁸⁻⁴⁹⁻⁵⁰

A evolução posterior do direito sucessório nos leva ao direito germânico, de onde podemos contatar que neste, os bens permaneciam em co-propriedade na família, pois não eram objetos de transmissão. Quando a propriedade comum passava à propriedade privada, sua finalidade era manter os bens na família, fazendo parte essencial da sucessão *ab intestat*.⁵¹

López y López⁵² afirma que:

“El Derecho germánico, de formas mucho más groseras y menos evolucionadas, desconoció el testamento durante un largo periodo de su trayecto histórico; por eso dejó su huella en una especial consideración del parentesco de sangre como esencial para la sucesión, lo que hizo que el orden legal de suceder fuera el fundamental para la determinación de los herederos; esquema suyo típico también fue la posibilidad de deferir el patrimonio de un mismo sujeto a través de una pluralidad de masas herenciales (por un lado los muebles, por outro los inmuebles, por outro los procedentes del tronco paterno y materno, etc.), lo que conllevaba, a su vez, una pluralidad de sucesiones universales; y tal vez fue quien conoció las primitivas manifestaciones del contrato sucesorio.”⁵³

⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. XX, p. 6.

⁴⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 254.

⁴⁹ No mesmo sentido: CUNHA GONÇALVES. (*Ob. cit.*, p. 606): “A quota legitimaria, ao princípio, não era certa; os juizes é que a fixavam. Mais tarde foi fixada em quarta parte da herança; mas, Justiniano alterou esta quota quanto aos descendentes ou filhos, fixando-a em terça parte, se estes fossem em número não superior a quatro, e em metade, se fossem mais de quatro.”

⁵⁰ “A não herança da mulher, dos filhos emancipados e dos parentes da linha feminina (*cognati*) é um defeito corrigido no Direito Pretoriano, pelo sistema sucessório da *bonorum possessio sine tabulis*. De se destacar que, pela *Novela 53* de Justiniano, é contemplado sucessoriamente o cônjuge pobre com um quarto de sucessão; concorrendo com mais de três filhos seus, adquire direito a uma parte em usufruto; se concorrer com filhos de outro leito, tem tal quota a título de propriedade.” (ALMADA, Ney de Mello. *Ob. cit.*, p. 31).

⁵¹ MAZEAUD et MAZEAUD. *Ob. cit.*, p. 536.

⁵² LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *La sucesión em general in Derecho Civil (V) – Derecho de Sucesiones – F. Capilla Roncero (Coord.)*, p. 35.

⁵³ Com doutrina idêntica: ZANNONI, Eduardo A. (*Ob. cit.*, p. 10): “El derecho sucesorio germánico hallará, entonces, diversos fundamentos. Mientras en el derecho romano el contenido de la sucesión es concebido como una universalidad, el universum ius defuncti, el contenido de la sucesión

Temos, portanto, que o direito germânico trouxe outra visão no que diz respeito à vocação hereditária por conta do vínculo sangüíneo do falecido com seus descendentes, trazendo um elemento novo à matéria condizente ao direito das sucessões.

A prevalência do aspecto sangüíneo como delineador de vinculação familiar deixava claro que não havia espaço para o afeto. O núcleo familiar passou a ser sucessível por laços de parentalidade sangüínea, em detrimento da relação afetiva.

Traçando um paralelo do direito germânico com o direito posto na época romana, pode-se perceber que a ausência do conhecimento do primeiro para com o testamento⁵⁴⁻⁵⁵: este direito não possuía o instituto do *patria potesta*, onde o *pater* era quem determinava a gerência da entidade familiar, sendo desta a propriedade dos bens e quaisquer alterações em sua composição influíam na sucessão, haja vista que a núcleo familiar permanecia imutável.

É a “propriedade familiar” indo-européia e germânica que acaba por determinar a sucessão nos quadros do grupo familiar. O “direito” dos parentes próximos esbate-se; já não é um direito “sobre” os bens, mas “aos” bens deixados sem titular por morte. Limitando-se o poder do proprietário dos bens de dispor deles por morte.⁵⁶

A regra do direito francês *le mort saisit le vif* era a responsável pela transferência dos bens do *de cuius* aos seus herdeiros, independente de aceitação destes.⁵⁷

germánica es una masa constituida por diversos objectos, mueblese inmuebles, cuyo vínculo, a diferencia de la concepción romana, es la continuidad de origen, en el sentido de que siendo esa masa una propiedad común continuaba con ese carácter después de la muerte del jefe, permaneciendo así unificada sobre una base real.”

⁵⁴ *Et nullum testamentum.*

⁵⁵ Segundo ALMADA, Ney de Mello (*Ob. cit.*, p. 32): “O testamento apareceu em época bastante adiantada, e não continha instituição de herdeiro, sob a convicção de que *solus Deus potest facere heres*, passando, ao depois, a influir o Direito Romano.”

⁵⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*, p. 443.

⁵⁷ Vale citar a lição de RODRIGUES, Manuel (*A posse – estudo de direito civil português*, pp. 238-239): “Donde veio este princípio que se traduziu na frase expressiva, do direito consuetudinário francês, *le mort saisit de vif*? Uma opinião, aliás pouco seguida, procura filiá-lo no direito germânico. Entre os germanos existia a propriedade colectiva, ou compropriedade familiar. A posse e a propriedade, melhor, a *genvere* – um misto dos elementos que hoje existem na posse e na propriedade – pertenciam por igual e sem discriminação de quotas, a todos os membros da comunidade. Quando um destes morria, os outros membros continuavam a exercer sobre os bens os mesmos poderes que até ali exerciam. De modo que pelo facto da morte não havia qualquer transferência de bens para os herdeiros, porque estes já exerciam, já tinham os mesmos direitos que

Finalmente, encareça-se que o elemento cristão é ponderável na evolução histórica do Direito das Sucessões, particularmente na postulação da liberdade de dispor e no respeito à vontade do testador, com o prestígio específico do Direito Canônico.⁵⁸

A Revolução Francesa também possui uma importante influência na evolução da matéria.

Seguindo os ideais expostos durante a supramencionada Revolução (igualdade, fraternidade e liberdade)⁵⁹, importantes modificações no regime das sucessões foram feitas. As tendências igualitárias da Revolução provocaram o retorno, que é uma agravante, dos rigores do direito romano. A célebre lei de 17 nivôse⁶⁰ ano II suprimiu o regime especial às sucessões nobres, buscando igualar as parcelas dos herdeiros, apagando os últimos vestígios da organização feudal. As instituições contratuais e as renúncias podiam reservar a manutenção dos privilégios do primogênito e do masculino: eles foram radicalmente suprimidos com efeitos retroativos.⁶¹

As leis referentes às sucessões, editadas posteriormente à Revolução de 1789, tiveram como meta, por um lado, substituir uma legislação uniforme para as várias legislações que governaram anteriormente esta matéria; e, por outro, pôr as provisões legais relativas ao direito das sucessões em harmonia com os princípios de uma constituição democrática.⁶²

continuavam a ter depois da morte de qualquer dos consortes. O princípio é efectivamente uma consequência lógica desta organização, mas os factos repelem a filiação, por ele se ter formado e desenvolvido sobretudo na idade média e moderna, quando a propriedade já era toda individual. (...). A opinião mais seguida é aquela que lhe atribui uma origem feudal. No direito feudal, quando alguém morria, os seus bens eram depositos nas mãos do senhor: - *le serf mort saisit son seigneur vif*. Deste modo, os herdeiros tinham de os tomar das mãos do senhor a quem então prestavam novamente fidelidade e homenagem e a quem pagavam certos direitos. Os juristas cedo lutaram contra a necessidade da investidura, formulando contra ela o princípio *le mort saisit le vif*, que depressa triunfou, e que tinha como consequência a dispensa de qualquer homenagem ou o pagamento de qualquer tributo pelos herdeiros, visto a herança se transmitir pelo facto da morte, independentemente, de qualquer solenidade. Esta parece ser a melhor solução do problema da origem da expressão *le mort saisit le vif*."

⁵⁸ ALMADA, Ney de Mello. *Ob. cit.*, p. 32.

⁵⁹ *Égalité, fraternité et liberté*.

⁶⁰ O mês do *nivôse* é o quarto mês do calendário republicano francês. Correspondeu à exceção de alguns dias (de acordo com o ano) em ir do período de 21 de dezembro a 19 de janeiro do calendário Gregoriano.

⁶¹ Cf. doutrina de PLANIOL, Marcel. Par Georges Ripert et Jean Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 480.

⁶² ABRY et RAU. *Ob. cit.*, p. 389.

Nesse ponto, não podemos olvidar em tecer algumas considerações sobre a evolução do Direito Sucessório no Direito brasileiro.

Nosso país foi por muitos anos colônia de Portugal, motivo pelo qual, até a proclamação da independência, vigeu aqui as Ordenações do Reino, sendo a primeira delas as Ordenações Afonsinas (ano de 1446), de onde se depreende forte influência do Direito Romano⁶³.

Lacerda de Almeida⁶⁴ já dizia que “a noção de testamento à romana, como modo de instituir herdeiro, aparece já na Ordenação Afonsina (Liv. 4, Tit. 97), posto se induza do mesmo Liv., Tit. 96, o antigo pensamento de testar em benefício d’alma.”.

A legislação posterior que versava sobre sucessão foi editada por Dom Manuel, no ano de 1512, chamada de Ordenações Manuelinas, sendo reformada em 1603 quando da promulgação das Ordenações Filipinas.

Cunha Gonçalves⁶⁵ já tratou do Direito das Sucessões nas Ordenações Filipinas da seguinte forma:

“Com efeito, as *Ordenações Filipinas*, Liv. IV, Tít. 82, concedendo a faculdade de testar, não admitiam a plena liberdade de dispor em testamento. Pelo contrário, estabeleciam a sucessão legitimária, fixando em *têrça parte* dos bens a *quota disponível* dos pais, ou dos avós, quando existissem só netos em vez dos filhos pré-defuntos; e bem assim a quota disponível do testador quando só tivesse pais ou outros ascendentes. É interessante salientar que as mesmas *Ordenações* consideravam a quota legitimária como *tácitamente testada*, conforme se infere do texto seguinte: ‘Porquanto, pois tomou (o pai) a *têrça* de seus bens no testamento, e sabia que tinha filhos, *parece que as duas partes quis deixar aos filhos* e os instituiu nelas, pôsto que delas não faça expressa menção, e *assim devem ser havidos por instituídos herdeiros, como se expressamente o fôssem, em favor do testamento*’.”.

O direito nacional, regulado primitivamente, no Código Filipino e tratado sem método algum, não se ateve à ordem estabelecida por Justiniano; antes, alterou-o, tendo em vista o liv. 4º, Tít. 8º do código visigótico.⁶⁶

⁶³ Para CUNHA GONÇALVES. (*Ob. cit.*, p. 606): “As regras do direito romano, modificadas pelo Código visigótico, foram as que ficaram regulando as sucessões em Portugal durante muito tempo. Esse direito foi levemente alterado pelas *Ordenações*, quer a respeito da sucessão *testamentária*, quer da *legítima* e da *legitimária*.”. (Grifos originais).

⁶⁴ LACERDA DE ALMEIDA. *Ob. cit.*, p. XXVI.

⁶⁵ CUNHA GONÇALVES. *Ob. cit.*, pp. 606-607.

⁶⁶ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 134.

Alteração posterior ocorreu com o Alvará de 09 de novembro de 1754, que, segundo Clóvis Beviláqua⁶⁷, “a posse civil do *de cuius* passa, desde o momento de sua morte, aos herdeiros inscritos ou legítimos, com todos os efeitos da natural, sem necessidade de ato algum de sua parte”.

Doravante ao mencionado alvará, o Assento de 16 de fevereiro de 1776 dizia “que a posse, de que trata o citado alvará, se transmite aos mais próximos parentes até o décimo grau, contado segundo o direito civil, contanto que tenham *um direito certo e indubitável* de sucessão.”⁶⁸

No ano de 1855, Teixeira de Freitas foi contratado pelo então Império para apresentar uma consolidação de leis civis, devendo vasculhar e catalogar toda a legislação, tanto a brasileira quanto a portuguesa, que fosse anterior à declaração da independência.

É pertinente frisar que, a missão assumida por Freitas era de todo um árduo afazer, tendo em vista a caótica situação das leis civis em nosso país. Destarte que, até este momento da história, o Brasil mantinha-se mais fiel à tradição portuguesa, que começava a se deixar levar pelos novos ideais trazidos pela legislação francesa, tanto que no ano de 1867 trouxe inovações muito modernas em seu Código.

Tais mudanças não seriam sustentáveis na realidade sócio-política que nosso país atravessava vez que a sociedade era basicamente colonial e tinha sua força no trabalho escravo.

Foi durante o Império que três grandes juristas da época apresentaram seus projetos de Código Civil, tendo sido estes rejeitados em escala cronológica: o de Teixeira de Freitas⁶⁹, em 1859; o de Nabuco de Araújo, no ano de 1872; e, por fim, o de Felício dos Santos, datado de 1881.

⁶⁷ BEVILÁQUA. *Ob. cit.*, p. 28.

⁶⁸ *Idem. Ibidem.*

⁶⁹ Segundo a doutrina de ESPANÉS, Luis Moiset (in *Homenaje a Dalmácio Véléz Sársfield*, vol. I, p. 148): “El *Esboço* de Freitas, en Brasil; aunque dicho proyecto quedó inconcluso, se destaca por su rigor metodológico, adelantándose en más de 30 años al Código civil alemán en la consagración de una ‘Parte General’, destinada a regular los elementos de la relación jurídica, aspecto que los juristas europeos consideran la máxima conquista del B.G.B.”

O que causou maior estranheza foi o fato de que o Esboço de Feitas não foi concluído, mesmo tendo seu prazo para conclusão e entrega sido estendido até o ano de 1864, deixando o jurista o terceiro livro da parte especial pela metade. Já em 1872, a rescisão de seu contrato aconteceu após apresentar um Código Geral para o Direito Privado e este não ter sido aceito pelo Governo Nacional.

Quando da terceira versão da Consolidação apresentada, era possível constatar o tratamento dispensado ao Direito das Sucessões, ficando este texto em vigor até ser promulgado o Código Civil de 1916.

Outro momento importante no direito brasileiro se deu com a edição da Lei nº. 1.839, datada de 31 de dezembro de 1907, também conhecida como a *Lei Feliciano Pena*, a qual provocou alterações na parte concernente à ordem de vocação hereditária, passando a incluir o cônjuge como herdeiro, em posição preferencial em relação aos colaterais.

Essa Lei modificou o então sistema vigente em nosso país, qual seja, as Ordenações Filipinas, “passando o cônjuge sobrevivente para a terceira classe, então ocupada pelos colaterais, que passaram a fazer parte da quarta classe, já reduzindo a sucessão destes ao 6º grau, quando anteriormente ia até o 10º, além de firmar a sucessão do fisco, deferindo-a à União, aos Estados ou ao Distrito Federal, conforme o domicílio do *de cuius* pertencer às respectivas circunscrições ou a território não incorporado a qualquer delas”.⁷⁰

O ato posterior se deu com a promulgação da Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – CÓDIGO CIVIL – cuja vigência se iniciou em 1º de janeiro de 1917, onde a matéria das sucessões era tratada em um dos livros da parte especial, compreendida entre os artigos 1.572 a 1.805.

Inegável é o fato de que as mudanças sociais, políticas e econômicas influenciaram a edição das Leis posteriores, como, *p.ex.*, a promulgação da Carta Constitucional

⁷⁰ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 135.

de 1988, onde consta expressamente em seu artigo 5º, XXX, ser garantido o direito à herança, de onde se extrai tratar-se de *Cláusula Pétreia*.

Algumas outras Leis vieram a alterar alguns dispositivos do CCB/1916 que não haviam sido recepcionados pela CF/88, bem como o regulamento da União Estável como núcleo familiar, que apesar de já ter sido reconhecida pela CF, só teve suas peculiaridades regulamentadas com o advento das Leis nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996.

O atual texto de Código Civil – Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, com influências diretas da Constituição Federal e com certo clamor da sociedade por algumas mudanças, substituiu o sistema civil de 1916, trazendo algumas novidades no campo do direito das sucessões, como demonstraremos no desenrolar deste trabalho.

Infelizmente nenhuma dessas alterações posteriores se debruçou ou dedicou atenção ao afeto/amor como elemento presente nas relações familiares e formador de vínculo entre pessoas, já que por intermédio deste sentimento formam-se famílias com pessoas que poderiam ser legitimadas a suceder.

Essas são as principais considerações acerca da origem e evolução histórica desta parte fascinante do Direito Civil: o Direito das Sucessões.

1.3 – FUNDAMENTOS

Segundo grande parte dos doutrinadores, o Direito das Sucessões possui vários fundamentos. Passaremos, então, a discorrer sobre os mais importantes.

- *Fundamento de ordem socialista:*

No início do Século XX, a teoria socialista de Estado lançou a idéia de que a herança poderia representar um mal, iniciando-se, desta feita, uma verdadeira tentativa de impugná-la.

Tal impugnação teve início antes mesmo dos ideais de Karl Marx e Friederich Engels serem tomados como suporte/sustentáculo pelos revolucionários que adotaram o regime comunista em determinados Estados, de onde extraímos que a doutrina da época pregava um verdadeiro repúdio à propriedade.

Para aqueles que defendiam a legalidade da propriedade privada e, não obstante, sua transmissão pelo evento morte, a sucessão estimulava de forma acirrada a desigualdade social e a pobreza, trazendo como conseqüência a injustiça social. No mesmo sentido, entendiam, ainda, que o direito das sucessões (leia-se transmissão da propriedade *mortis causa*) era inconveniente, pois estimulava o comodismo dos sucessores daqueles que eram afortunados financeira e patrimonialmente, gerando diminuição da produção do Estado, vez que sua mão de obra sofreria uma considerável redução, devendo, portanto, ser este o único sucessor dos bens deixado pelo *de cuius*.

Os programas de Marx e Engels a consideravam como um privilégio protetor da burguesia: é a sociedade a única que tem direito a receber os bens dos indivíduos, como recompensa aos serviços prestados por ela.⁷¹

Cahali diz que “a sucessão *causa mortis* encontra envoltentes opositores, destacando-se em uma linha os socialistas, contrários à propriedade privada especialmente sobre os bens de produção, que vêem nela um incentivo às injustiças e desigualdades entre os homens, concentrando riquezas nas mãos de poucos, além de prestigiar a indolência e preguiça, nocivas ao desenvolvimento produtivo e econômico indispensáveis à sociedade (...).”⁷²

A posição de Mazeaud et Mazeaud⁷³ é:

“Les écoles socialistes ou communistes ont adressé de vives critiques à cette conception. Lorsqu’elles ne combattent pas le principe même du droit de propriété, elles nient que ce droit confère à son titulaire la faculté de disposer de ses biens pour le temps qui suivra sa mort: le lien qui unit le sujet et l’objet d’un droit, ne cesse-t-il pas nécessairement à la mort du sujet, comme il cesse avec la disparition de l’objet? Les thèses socialistes aboutissent ainsi, au moins sur le plan théorique, à nier la

⁷¹ LACRUZ, José Luis. *Derecho de sucesiones, parte general*, p. 14.

⁷² CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de direito civil – vol. 6*, p. 26.

⁷³ *Ob. cit.*, p. 534.

*possibilité de l'heritage, et, par conséquent, à attribuer à l'Etat les biens composant le patrimoine du de cujus: l'Etat les prend en vertu d'un droit régalien, fondé sur les intérêts de la communauté au préjudice de laquelle ces biens ont été acquis."*⁷⁴

Ausência de bases concretas para sustentar tal posição num passado recente a idéia de Estado perfeito, pregado por Marx e Engels, nada mais era que pura utopia.

Na Rússia, o direito sucessório foi extirpado da legislação civil por força de um decreto baixado em abril de 1918, fosse a causa legal ou testamentária. O governo russo determinou quantias máximas e mínimas para a sucessão, vez que o referido decreto não teve aplicação sistemática, tendo, inclusive, flexibilizado a sucessão aberta no mesmo grupo familiar, que passaria a ser regida por lei anterior à Revolução.

Darcy Arruda Miranda⁷⁵ afirma que:

“Com a vitória do bolchevismo, na Rússia, e derrota do menchevismo, com seu cunho acentuadamente socialista um dos primeiros atos do governo revolucionário foi a abolição da herança. Talvez tenha sido esta a causa principal do desestímulo da atividade laborativa do povo russo, a par da absorção, pelo Estado, da maior parte da produção agrícola-pastoril que se seguiu ao ano de 1918, quando a Rússia abarrotou o mercado do mundo com víveres de toda a espécie. Foi uma explosão emocional de liberdade ilusória e privatização de riqueza que durou pouco. No ano seguinte (1919), a produção caiu verticalmente, ante o desestímulo que dominou a classe trabalhadora.”.

A posição adotada pelo outrora direito soviético nos traz a idéia de que não podemos ignorar o direito sucessório, pois clara é a sua ligação íntima com a propriedade particular, haja vista que esta é complementada por aquele.

Não há porque ignorar o direito à herança, pois, mesmo na antiga URSS, o comunismo baixou a guarda diante de uma nada animadora vivência. Como bem disse Carlos Maximiliano⁷⁶, “a realidade é a mais implacável arrasadora das utopias”.

⁷⁴ No mesmo sentido: “La giustificazione dell’eredità a vantaggio dei privati è connessa con la giustificazione della proprietà. Tuttavia anche tra coloro che difendono la proprietà privata c’è chi non vorrebbe riconoscere altro modo di acquisto oltre al lavoro; in conseguenza, la titolarità dei rapporti giuridici privati, con la morte del soggetto, dovrebbe tornare all’ collettività.”. (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, p. 826).

⁷⁵ MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao código civil brasileiro*, vol. 3, p. 612.

⁷⁶ *Ob. cit.*, p. 33.

- *Fundamento de ordem patrimonial e familiar:*

O segundo fundamento do Direito das Sucessões é o que defende a idéia de manutenção do patrimônio no mesmo grupo familiar.

Como visto, a família sofria as influências de elementos morais e religiosos, sendo relevante para configurar e sustentar a idéia de transmissão da propriedade dos pais para os filhos, quando a propriedade passou a ter sua transmissão como verdadeira praxe e a ser vista como costume social, já que as mais remotas civilizações reconheciam o direito de herança dos filhos.

A propriedade corporificou, assim, a idéia de sucessão hereditária como um poderoso fator da perpetuidade da família, pelo cumprimento do culto dos antepassados, traduzido nas cerimônias e nos sacrifícios em honra dos mortos, de modo que se não pudesse adquirir a propriedade sem o culto, nem este sem aquela.⁷⁷⁻⁷⁸

Observa Galvão Telles⁷⁹, “na origem da propriedade está afinal o trabalho, um esforço maior ou menor, que a legitima e a torna conforme com o direito natural e mesmo uma imposição sua.” Desta lição nos vem a idéia de que não haveria porque uma determinada família trabalhar para constituir um patrimônio e depois não deixá-los à seus sucessores.

De certo, a transmissão dos bens pelo evento *mortis* se manterá como um incentivo à economia e ao labor, não havendo razão para adotar, em algum momento, a teoria defendida pelos soviéticos.

⁷⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA. *Ob. cit.*, p. 47.

⁷⁸ Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (in *Direito das sucessões e o novo código civil*, pp. 2-3): “O primeiro fundamento da sucessão foi de ordem religiosa. A sucessão se verificava exclusivamente pela tomada do lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico pelo herdeiro, que, no entanto, não recebia os bens em transmissão, uma vez que não pertenciam ao morto, mas a toda família, capitaneada pelo varão mais velho, descendente direto dos deuses domésticos. Tratava-se, portanto, do descendente do sexo masculino de maior autoridade, na visão do acervo familiar e a condução da vida religiosa e doméstica.”

⁷⁹ TELLES, Inocência Galvão. *Ob. cit.*, p. 263.

O fundamento da sucessão por ordem patrimonial familiar se dá “pelo facto de a propriedade continuar a ser, ainda hoje, largamente familiar: usufruída (quando não constituída) pelo conjunto de familiares mais próximos; que têm, assim, uma expectativa de recebê-la por morte do seu titular (formal)”⁸⁰.

A herança cumpre de certa forma, uma função familiar, vez que pode ser entendida como uma modalidade de execução de um dever dos pais de garantir, materialmente, sua prole.

Diz Planiol⁸¹:

“L'idée la plus ancienne qui explique le droit de succession est que la propriété a un caractère familial. Le chef de la famille exerce les droits de la communauté familiale. A sa mort, il est remplacé par un des membres de la famille, devenu à son tour le chef. L'héritier prend la place du défunt, assure le culte privé et maintient le groupement.”

López y López⁸² corrobora todo o exposto ao afirmar que:

“La materia de la sucesión *mortis causa* está estrechamente ligada a los temas de la propiedad y, (...), de la familia. Es cierto que el problema de la continuidad de las relaciones jurídicas, que es el que se pone como el esencial a solucionar cuando se produce el fallecimiento de una persona, en términos abstractos puede ser solucionado sin referencia a ni a la propiedad ni a la familia: se podría disponer el traspaso de los bienes vacantes a la colectividad, que podría retenerlos como tal, o deferirlos a otros particulares, no ligados con relación alguna de parentesco con el causante de la sucesión. Pero tal solución no se corresponde con la tradición histórica concerta, que es bien otra, y que con seguridad es la amparada por los actuales dictados constitucionales, (...).”

A teoria socialista é utópica e insensata, vez que visava, tão somente, acabar com as heranças, o que resultaria numa fonte de inúmeras injustiças, contrárias ao interesse social.

- *Fundamento de ordem econômica e social:*

Defendido pela doutrina francesa de Michel Grimaldi⁸³, o fundamento econômico reveste-se de grande interesse social, se distinguido dos demais por sua natureza

⁸⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. *Ob. cit.*, p. 446.

⁸¹ PLANIOL, Marcel. *Ob. cit.*, p. 473.

⁸² *Ob. cit.*, pp. 28-29.

patrimonial, vez que a sucessão privada encoraja o espírito de empreendimento e favorece o progresso econômico.

Certo é que não se pode imprimir a este fundamento outro caráter senão o que tenha fundo econômico. O instituto da sucessão é o complemento necessário do direito de propriedade, conjugado, ou não, com o direito de família. Este último é invocado pela lei, ora para conter em justos limites o exercício do direito de testar, ora para suprir a ausência de vontade do proprietário, de harmonia com os seus sentimentos e instintos naturais e normais. Propriedade que se extingue com a morte do seu titular e não se transmite ao seu sucessor, por sua vontade expressa ou presumida pela lei, não é propriedade; é usufruto vitalício.⁸⁴

Percebe-se, assim, que a finalidade de se manter na família o valor de determinada propriedade nada mais é do que evitar que um pai deixe seu filho numa condição financeira prejudicada ou insuficiente de manter sua subsistência ou a de sua família.

A busca pela retenção das riquezas não é novidade. Desde o início de sua história, o direito das sucessões teve traços familiares, políticos e, principalmente, econômico, traços estes que serviram de base para diversas codificações civis ao longo do tempo e em diversas nações.

Quanto ao fundamento social, este foi bem tratado por Roberto Senise Lisboa⁸⁵, ao afirmar que:

“a solução adotada pelo legislador civil de manutenção do patrimônio na família do *de cuius* pode até ser considerada, porém é inegavelmente um meio satisfatório de se permitir aos integrantes da família enlutada de prosseguir com os propósitos para os quais tal patrimônio foi constituído, com a percepção das necessidades dos sucessores.”.

Há uma forte e consistente tendência à constitucionalização do direito sucessório. Não pairam dúvidas de que, nos termos do artigo 5º, XXX da CF/88, a herança

⁸³ *Ob. cit.*, pp. 25-26.

⁸⁴ CUNHA GONÇALVES. *Ob. cit.*, p. 601.

⁸⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil – vol. 5: direito de família e das sucessões*, p. 426.

passou a ter proteção constitucional, devendo atingir a sua finalidade: garantir aos legitimados para suceder o direito de perceber aquilo que lhes é justo.

A ordem social e econômica nos tempos atuais favorece e corrobora tudo aquilo que tratamos até aqui, haja vista que, sem sombra de dúvidas, não se pode negar a existência, ainda que remota, dos fundamentos expostos e de suas influências para chegarmos ao atual contexto.

1.4– CONTEÚDO E CONCEITO

Acerca do conteúdo, a lição de Orlando Gomes⁸⁶ é que:

“O conteúdo do direito de sucessão é limitado. Posto assuma o herdeiro a posição jurídico-econômica do defunto, não se lhe transmitem todos os direitos de que este era, ou podia ser, titular.

Transmissíveis são, de regra, ativa e passivamente, as relações jurídicas patrimoniais. Excetuam-se o usufruto, o uso, a habitação, a renda vitalícia, o mandato, a empreitada de labor, a relação de emprego e a obrigação de prestar alimentos.

(...).

Os direitos personalíssimos são intransmissíveis.”.

Seu conteúdo se encontra no Livro V do Código Civil, estando tratado nos artigos 1.784 a 2.027, sendo subdivididos em 4 Títulos, a saber:

- Título I: trata da sucessão em geral, abrangendo regras da sucessão legítima e da sucessão testamentária, bem como transmissão, aceitação, renúncia e indignidade à herança. Como bem observado por Francisco José Cahali⁸⁷, “também aqui, por impropriedade técnica (...), apresenta-se a sucessão decorrente da união estável.”;
- Título II: trata da sucessão legítima, ou seja, daquela oriunda da própria lei, versando sobre a ordem de vocação hereditária para essa modalidade transmissão;
- Título III: trata da sucessão testamentária, expondo sobre a transmissão dos bens pelo evento morte ou por ato de livre disposição que o falecido praticou quando ainda era vivo, por força de um testamento.

⁸⁶ GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, pp. 9-10.

- Título IV: trata sobre regras do inventário e da partilha, atinentes ao processo não-litigioso, onde se opera a repartição dos bens entre os herdeiros, bem como disposições acerca dos sonogados e das colações, anulação de partilha, quitação das dívidas e garantia dos quinhões da herança.

Há, ainda, legislações esparsas dispendo sobre o direito sucessório, das quais citamos, p. ex.: Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil); Lei 6.858/80, regulamentada pelo Dec. 85. 845/81 (dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores de FGTS e PIS/PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares) etc., além da própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXX e XXXI.⁸⁸

Luis Roca-Sastre Muncunill⁸⁹ delimitou a abrangência do direito sucessório, quando da seguinte lição:

“La sucesión *mortis causa*, tanto universal como particular, como especie de la sucesión en general, es objeto del llamado *Derecho de sucesiones* o *de sucesión*. Esta disciplina jurídica es parte del Derecho civil y se ocupa tan sólo de una especie de sucesión, que es la que origina la *muerte*, comprobada o declarada, de una *persona individual*. El Derecho de sucesiones tiene, pues, por objeto, *regular el destino de los bienes y relaciones jurídicas* del difunto y los *demás aspectos* de Derecho civil directamente relacionados con el referido destino.”.

Delimitado seu conteúdo, cumpre-nos agora conceituar tal ramo do Direito civil.

Na visão de Carlos Maximiliano⁹⁰, “direito das sucessões, em sentido *objetivo*, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos *bens* e *obrigações* de um indivíduo em conseqüência da sua morte. No sentido *subjetivo*, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, receber o acervo hereditário de um defunto.”.

Em sentido idêntico, diz Roberto de Ruggiero⁹¹ que “o direito hereditário, isto é: o complexo das normas que regulam a transferência dos bens do defunto para a pessoa que lhe sucede, tem precisamente nisto o seu fundamento racional e a sua

⁸⁷ CAHALI, Francisco José. *Ob. cit.*, p. 28.

⁸⁸ *Idem*, p. 29.

⁸⁹ MUNCUNILL, Luis Roca-Sastre. *Derecho de sucesiones, tomo I*, p. 14.

⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 21

⁹¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil – vol. 3*, p. 428.

justificação, que a morte não possa e não deva romper as relações de quem cessa de existir, porque a interrupção destas repercutir-se-ia com efeitos danosos sobre toda a economia geral.”.

Francisco José Cahali⁹² o conceitua como “conjunto de regras e complexo de princípios jurídicos pertinentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores.”.

Nosso conceito é no sentido de que o direito das sucessões, ramo da parte especial do Direito Civil, é o direito que visa regular as conseqüências jurídicas da morte de alguém e a transmissão de seus bens para seus herdeiros, buscando atender as vontades do falecido (no caso da sucessão testamentária) e os interesses dos herdeiros legais (no caso de sucessão legítima). Tal conceito não se encontra restrito ao evento *mortis causa*, mas sim a todos os fenômenos onde um ou mais bens sofrem troca na sua titularidade.

O termo *sucessão* pode ser visto sob dois prismas: o *subjetivo* e o *objetivo*.

O primeiro nos remete ao falecimento do titular dos bens que serão transmitidos para quem de direito, o(s) qual(is) assumirão seu lugar e se tornarão os titulares dos direitos e obrigações assumidas pelo *de cuius*.

Já no segundo prisma, que trata tão somente do objeto da transmissão, ou seja, da totalidade (ou montante) de bens deixada pelo falecido, muitos autores denominam-no como *herança*⁹³.

1.5 – DA VOCAÇÃO DOS HERDEIROS

⁹² *Ob. cit.*, p. 24.

⁹³ Como diz LISBOA, Roberto Senise (*ob. cit.*, pp. 415-416): “*Herança* é a universalidade ou totalidade dos direitos e obrigações abstratamente considerados que integram o patrimônio deixado pelo sucedido, em face da sua morte, suscetíveis de transmissão aos seus respectivos herdeiros.”

Para vir a tomar a posição de alguém em determinados negócios jurídicos ou bens, o sucessor deve encontrar-se no rol daqueles garantidos por lei para tanto. Frise-se que estamos nos referindo à sucessão legítima.

O artigo 1.829 do atual texto de Código Civil estabelece aqueles legitimados para receberem os bens/direitos/obrigações deixados pelo *de cuius*, na seguinte ordem: **a)** descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, exceto se casado sob o regime da comunhão universal, no da separação obrigatória de bens (vide artigo 1.640, § único) ou no regime da comunhão parcial, desde que o titular da *universitas* não tenha deixado bens particulares; **b)** ascendentes, concorrendo com o cônjuge; **c)** cônjuge sobrevivente e; **d)** colaterais.

Em que pese a tentativa do legislador em retratar neste Código Civil todas as diretrizes e acepções sociais, falhou quando não tratou, no artigo supra, dos companheiros (entenda-se: homem e mulher que vivem em regime de união estável), tratando tal possibilidade em artigo separado (no capítulo das disposições gerais – artigo 1.790).

Não é pertinente tecer maiores comentários sobre todas as possibilidades de vocação hereditária, haja vista que tal assunto será tratado detalhadamente em capítulo próprio neste trabalho, cumprindo-nos, tão somente, tecer linhas gerais para uma melhor compreensão das idéias que trazemos.

O grau de parentesco é que determina a vocação dos herdeiros, ficando aqueles que possuem uma maior proximidade com o falecido em situação de preferência àqueles que se encontram mais distante.

1.5.1 – Da legitimação para suceder: a influência da indignidade e deserdação – a importância do afeto

Anteriormente tratada como “capacidade sucessória”⁹⁴, a legitimação para suceder é de fundamental importância para o recebimento da quota a que o herdeiro tem direito.

Nesse contexto, a sucessão legítima é aquela em que a lei traz em seu bojo os legitimados ao recebimento dos bens/direitos/obrigações deixados pelo falecido. Os legitimados, portanto, são aqueles constantes da *ordem de vocação hereditária* trazida pelo CCB, ou seja, reflete-se em imposição legal.

Tal legitimação é, tão somente, uma exigência que nosso direito criou para que o herdeiro receba seu quinhão hereditário, sendo um pressuposto para que este esteja em plenas condições de receber todos os bens/direitos/obrigações que lhe são de direito em decorrência do falecimento de seu antigo titular.

Procede-se sua verificação no momento em que a sucessão se abre (morte do titular configurada), momento em que será constatada a legitimação do herdeiro para suceder, ou seja, a verificação se este possui personalidade para tanto, o que se dá pela regra de que a sucessão não pode ser transmitida ao nada ou à ninguém, sendo necessário, portanto, que o herdeiro este esteja vivo no momento em que a sucessão for aberta.

Existe ainda a exceção à regra de que a sucessão só pode ser transmitida àqueles que são legitimados (capazes) para tanto, como é o caso do nascituro (vide artigos 2º e 1.798), que possui sua capacidade dirimida na concepção, haja vista que mesmo não tendo personalidade, possui expectativa de direitos, garantidos por nosso ordenamento, bem como àquele que já foi concebido, mas não possui personalidade, ficando, desta feita, seus direitos condicionados ao nascimento com vida.

Há que se ressaltar, também, o indigno, que é todo aquele que se torna incapaz para suceder por ter infringido norma de cunho civil, mas com natureza de penal.

⁹⁴ AUBRY et RAU (*ob. cit.*, p. 402) discorre sobre o que seria a incapacidade sucessória: “On nomme incapable, en matière de succession, celui qui ne réunit pas au moment de l’ouverture de la

Assim, para determinar se um herdeiro é ou não indigno para a sucessão, deve este praticar conduta previamente prevista pela lei civil.

Dentro da noção de indignidade há clara e evidente presença de um juízo de total reprovação para com aquele que deveria ser chamado para a sucessão, mas que, assim não procederá pelo fato de ter praticado ato atentatório contra a vida do *de cuius*.

As indignidades são situações em que, à prática de um ato ilícito por um herdeiro, praticado contra o autor da sucessão, a lei reage estabelecendo como sanção o seu afastamento daquela sucessão. Muitas vezes, com a sanção da indignidade procura-se também evitar que o ato ilícito se torne lucrativo para aquele que o praticou.⁹⁵

Os casos caracterizados como de indignidade estão previstos no artigo 1.814 do CCB, e assim o são quando os herdeiros ou legatários: **I)** houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; **II)** houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro e; **III)** por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Trata-se, portanto, de rol taxativo (*numerus clausus*) sobre o qual, acreditamos, não haver nenhuma dúvida sobre cada uma das modalidades previstas.

Há autores, como José Oliveira Ascensão, que entendem que tais hipóteses não deveriam ser consideradas taxativas, como podemos observar da lição abaixo:

“Em princípio, as tipificações legais não devem ser consideradas taxativas; mas não pode deixar de se encontrar um acento restritivo no enunciado das causas de uma penalização tão grave como a exclusão da sucessão. Entre uma e outra consideração, concluímos que o art. 2034^o consagra uma tipicidade *delimitativa*. Ou

succession, lês qualités auxquelles la loi a subornné le droit de succéder à une personne quelconque. (...). L'incapacité produit son effet de plein droit. Elle empêche la saisine héréditaire.”

⁹⁵ ASCENSÃO José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 154.

seja, que não é possível uma analogia livre, a partir do conceito de indignidade, mas é possível a analogia mais limitada, a partir de alguma das causas previstas na lei. Por outras palavras, não seria possível a *analogia iuris*, mas já seria possível a *analogia legis*.

Assim, o sucessível que tiver em seu poder o testamento e dolosamente não o entregar no prazo de três dias, dede que não teve conhecimento da morte do testador, é indigno, nos termos do art. 2034º/d, interpretado pelo art. 2209º/2. Mas se sabe quem é o detentor do testamento e se recusa obstinadamente a indicá-lo aos restantes? Supomos que deve ser ainda excluído por indignidade, por analogia com estas previsões.”⁹⁶

Não podemos negar a maestria com que este civilista angolano radicado em Portugal faz suas considerações, ainda que nosso ordenamento seja adepto de enumeração taxativa das causas de indignidade, vemos com bons olhos a posição deste renomado professor.

Podem haver situações onde a conduta de um ou mais herdeiros não se amolde nas enumerações previstas pelo artigo 1.814 do CCB, mas que, por si só, venham a causar não apenas no âmbito familiar, mas, também, no âmbito social, uma repulsa e repugnância tamanha, que, além deste agente responder perante o juízo criminal, deveria sofrer as privações em sua esfera patrimonial.

O legislador poderia ter, quando da análise dos artigos para este Código cuja vigência foi iniciada em 10 de janeiro de 2003, possibilitado ao juiz, diante de um determinado caso concreto, uma ponderação acerca de determinada conduta que um herdeiro praticou e que não se amolda naquelas do artigo 1.814, o que poderia ensejar-lhe a exclusão da sucessão por indignidade, como assim o fez para os casos de dissolução da sociedade conjugal quando houverem outros fatos/motivos que entenda o magistrado causar evidente impossibilidade da vida em comum, nos termos do § único do artigo 1.573.⁹⁷⁻⁹⁸

⁹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 155.

⁹⁷ Assim diz ZANNONI, Eduardo A. (*ob. cit.*, p. 179): “Como recuerdan Ripert-Boulanger, esto es una innovación del Code: ‘en el derecho antiguo los jueces estaban en libertad de pronunciar la indignidad siempre que ello les parecía apropiado. Domat decía que las causas que podían entrañar la indignidad eran *indefinidas*. Esta transformación de las reglas se explica fácilmente por el carácter penal de la indignidad: el sistema discrecional de las penas mantenido en el derecho antiguo fue sustituido por la Revolución por el principio: *nullum crimen, nulla poena sine lege*’.”

⁹⁸ “El Código Civil argentino, siguió a García Goyena (art. 617 del Proyecto español de 1851), que amplió las causas de indignidad. Y, aunque la letra de la ley no dice expresamente que la enumeración es taxativa, así debe interpretarse, pues, ‘la indignidad es una sanción y como tal no puede imponerse sino cuando la ley lo establece expresamente’.” (idem. *Ibidem*, p. 179).

No texto atual de nosso Código ainda está previsto, no artigo 1.818, a reabilitação do indigno, que poderá se dar por duas formas: **a)** de maneira expressa, onde aquele que foi lesado aceita o perdão, mediante ato escrito, formal ou pela via testamentária e; **b)** de maneira tácita, que se dá quando, mesmo tendo ciência de que um dos herdeiros agiu com indignidade, o lesado venha a favorecê-lo de alguma forma, ficando tal prova incumbida ao declarado indigno, que, neste caso, herdará aquilo que lhe deixou o testador.

No que tange a deserdação, compete-nos dizer que esta forma de exclusão privativa da sucessão testamentária, nos termos do artigo 1.961 do CCB, “é ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua porção legítima”.⁹⁹⁻¹⁰⁰

A deserdação constitui outro instituto jurídico bastante discutido. Clóvis tacha-o de odioso e inútil. Odioso, porque imprime à última vontade do *de cuius* a forma hostil do castigo, a expressão da cólera; e inútil, porque os efeitos legais da indignidade bastam para excluir da herança os que realmente não a merecem. Por essas razões, é que esse civilista pátrio não a incluiu no seu projeto primitivo do Código de 1916. O instituto, porém, foi incluído tanto naquele como no Código de 2002.¹⁰¹

Seguindo a doutrina nacional, os requisitos para a deserdação estão combinados entre os artigos 1.814, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil, e são os seguintes: **a)** exigência de testamento válido com expressa declaração do fato determinante da deserdação (art. 1.964); **b)** fundamentação em causa expressamente prevista pelo legislador (arts. 1.814, 1.962 e 1.963); **c)** existência de herdeiros necessários (descendentes ascendentes ou cônjuge); **d)** comprovação da veracidade do motivo argüido pelo testador para determinar a deserdação, feita pelo herdeiro instituído ou por aquele a quem ela aproveita, por meio de ação ordinária movida contra o deserddado, dentro do prazo de 4 (quatro) anos, a partir da abertura do testamento.¹⁰²

⁹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Ob. cit.*, p. 303.

¹⁰⁰ “La desherdación es la privación de la legítima, efectuada en el testamento de manera expresa, por alguna de las causas taxativas previstas en la ley.” (HEREDIA, C. López Beltrán de. *La preterición y la desherdación*, p. 427).

¹⁰¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Ob. cit.*, p. 239.

A deserdação vem a ser o ato pelo qual o *de cuius* exclui da sucessão, mediante testamento, com expressa declaração da causa (CC, art. 1.964), herdeiro necessário, privando-o de sua legítima, por ter praticado qualquer ato taxativamente enumerado no Código Civil, em seus artigos 1.814, 1.962 e 1.963 (RT, 571:184).¹⁰³

É preciso não esquecer que em nosso direito (CC, art. 1.848) admitiu-se a deserdação *bona morte*, em que o testador, não obstante o direito reconhecido aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge no art. 1.846 do Código Civil, pode, declarando justa causa, tomar certas medidas acauteladoras para salvaguardar a legítima dos descendentes – p. ex., em casos de prodigalidade – prescrevendo a incomunicabilidade dos bens, confiando-os à livre administração da mulher herdeira, ou estabelecendo-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia.¹⁰⁴

Destarte que, paralelo às causas trazidas no artigo 1.814 c/c 1.962 e seus incisos, há de se observar que o legislador, quando da edição do Projeto-lei nº. 6.960/02, buscou criar o artigo 1.963-A.

A justificação do saudoso deputado Ricardo Fiuza para tal é:

“Ao regular a deserdação, o novo código, embora anunciando, no art. 1.961, que os herdeiros necessários podem ser deserdados, nos artigos seguintes, indicando as causas que autorizam a privação da legítima, só menciona a deserdação dos descendentes por seus ascendentes (art. 1.962) e a deserdação dos ascendentes por seus descendentes (art. 1.963). E o cônjuge, que é, também, herdeiro necessário? Sem dúvida foi um esquecimento, e esta omissão tem de ser preenchida, para resolver o problema. Em muitas legislações, numa tendência que é universal, a posição sucessória do cônjuge foi privilegiada, mas prevê-se, igualmente, a possibilidade de ele ser deserdado, com as respectivas causas (BGB, art. 2.335; Código Civil suíço, art. 477; Código Civil peruano, art. 746; Código Civil espanhol, art. 855; Código Civil português, art. 2.166).”¹⁰⁵

Os efeitos decorrentes da deserdação são: **a)** aquele que foi deserdado adquire domínio e posse dos bens quando da abertura da sucessão e, quando for publicado o testamento este será tido como morto e, assim, seu domínio e posse não são considerados; **b)** seus herdeiros irão sucedê-lo por representação (haja vista que

¹⁰² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil – direito das sucessões*, pp. 205-206.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. *Ob. Cit.*, p. 194.

¹⁰⁴ *Idem. Ibidem*, p. 194.

¹⁰⁵ FIUZA, Ricardo. *Justificativas do Projeto-Lei n.º 6.960/02*, disponível em: www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.htm. Acesso em: 03 de março de 2007.

será considerado como morto); **c)** será nomeado depositário para uma melhor manutenção dos bens/direitos/obrigações quando do trâmite da ação de deserdação e; **d)** não havendo provas do motivo que a enseje, o testamento ainda continuará a ser eficaz com exceção desta parte.

As causas aqui versadas (indignidade e deserdação) nos trazem, *data venia*, a idéia de que estas se configuram quando o afeto deixa, ainda que de maneira momentânea, de existir por parte daquele que deu causa à exclusão.

Há possibilidade de haver um rol meramente exemplificativo e não taxativo para tais casos, e assim o fizemos por estarmos diante de uma situação que deve permear a condição de herdeiro: o afeto por seu antecessor.

O afeto deve ser observado em todas as situações que ensejam não apenas a formação de núcleos familiares, mas, também, no momento da abertura da sucessão e no momento em que os herdeiros são chamados a suceder.

1.6 – DOS TIPOS DE SUCESSORES

Estabelecemos os seguintes tipos de sucessores em nosso sistema jurídico: **a)** os herdeiros – que se dividem em legítimos (podendo ser *necessário* ou *facultativo*) e testamentários e; **b)** os legatários.

Discorreremos, em linhas sucintas, sobre tais tipos.

Os herdeiros legítimos são todos aqueles que sucedem o *de cuius* por vontade legal, ou seja, a lei traz em seu bojo aqueles que são chamados a suceder. Em nosso país, o Código Civil trata da matéria em seu art. 1.829, ressaltando, porém, que pode haver a sucessão ditada por regra específica, como acontece nos casos de sucessão entre conviventes de união estável (art. 1.790).

A subdivisão entre a classe dos herdeiros legítimos nos obriga a tecer comentários acerca dos herdeiros necessários e dos herdeiros facultativos. Os primeiros são os

parentes do falecido, devendo ser respeitada a determinação do art. 1.845 do Código Civil, recebendo este nome porque não podem ficar de fora da sucessão (excetuados os casos em que a lei prevê – deserdação), devendo receber, no mínimo, metade do acervo deixado pelo defunto.

Essa obrigatoriedade de receber 50% (cinquenta por cento) dos bens/direitos/obrigações nos mostra que nosso sistema sucessório adotou o entendimento de que é exclusivo aos herdeiros necessários uma parte da herança, da qual não pode seu titular dispor de destinação diversa. Tal parte é chamada de *indispensável*, também conhecida como legítima (art. 1.847).

Quanto aos herdeiros facultativos, diz-se aqueles que não são considerados necessários, ou seja, são os colaterais (até o 4º grau) do defunto que não podem ficar privados de receber a herança, devendo receber o que lhes é de direito por força de disposição de última vontade, como dispõe o art. 1.850 do CCB.

Os testamentários são assim denominados, pois herdam tão somente um benefício, sempre deixado por disposição de última vontade do titular dos bens/direitos/obrigações. Não há óbice quanto à possibilidade de que os herdeiros testamentários sejam legítimos.

Quanto aos legatários, estes não se confundem com os herdeiros¹⁰⁶. Enquanto aos herdeiros é garantida uma parte dos bens/direitos/obrigações de seu antigo titular, os legatários só recebem o que lhes for deixado em testamento, herdando, tão somente, um bem determinado, não sendo proibido que seja instituído um herdeiro necessário ou um terceiro alheio à ordem vocatória.

Esse terceiro alheio à ordem vocatória pode ser um “filho” que não esteja vinculado por laços de sangue, mas sim por laços de afeto, como no caso da adoção que, parece-nos ser uma posição mista de relação de parentesco, pois paralelo ao laço civil que a constitui, há o elemento da afetividade, do afeto.

¹⁰⁶ Vale citar TELLES, Inocêncio Galvão. *Ob. cit.*, p. 163: “No sentido mais próximo, a *herança contrapõe-se ao legado* como modos diferentes de determinações do objecto da sucessão, (...). Mas o termo *herança* também tem um *sentido amplo*, em que é *sinônimo de sucessão*.”.

Não há como negar que o afeto está presente em grande parte ou porque não dizer em todas as relações que envolvem a sucessão.

Traremos, em momento apropriado, considerações sobre o tema, que se reveste de grande polêmica.

CAP. II – DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

2.1 – INTRODUÇÃO

A regra em nosso direito é a utilização da sucessão legítima, vez que não é costume a deixa de testamento para a disposição dos bens/direitos/obrigações.

Para que possa ser procedida a sucessão legítima, deve-se obedecer a uma regra de “preferência” entre os possíveis herdeiros, sendo esta denominada de “ordem de vocação hereditária”, sendo certo que tal tema sofreu grandes e consideráveis alterações¹⁰⁷.

Sem dúvida, não podemos olvidar da influência que o direito das sucessões sofreu e ainda sofre, diretamente, do direito de família¹⁰⁸, em especial da parte referente aos regimes de bens do casamento e da união estável, com vistas a dirimir sobre os bens que irão integrar o montante a ser herdado pelo cônjuge/companheiro supérstite e sobre quais ficarão de fora da sucessão. Nesse ponto é que devemos diferenciar *meação* e *herança*.

Meação é o conjunto de bens cuja propriedade é única e exclusiva de um dos cônjuges, ficando, portanto, de fora do montante sucessório. Noutro plano, *herança* é o conjunto de bens que integram a propriedade do autor e que será objeto de sucessão por parte de seu consorte.

¹⁰⁷ Antecipando-nos no que diz respeito aos vocacionados para a sucessão, citamos a lição de OLIVEIRA, Euclides (*Direito de herança – a nova ordem da sucessão*, p. 79) para demonstrar as mudanças sofridas: “Notáveis mudanças advieram com a nova ordem estabelecida para o chamamento à herança. Deu-se a valorização da posição sucessória do cônjuge, que passa a concorrer com os descendentes e com os ascendentes e mantém o direito de recebimento da totalidade da herança na falta daqueles parentes do falecido, além de conservar o direito real de habitação sobre o imóvel que servia ao casal. Além disso, o cônjuge passa à categoria de herdeiro necessário (juntamente com os descendentes e ascendentes), a significar direito à legítima, tornando-se, pois, partícipe da herança ainda mesmo contra a vontade do outro cônjuge, o que, em determinadas situações, pode configurar inadmissível demasia.”

¹⁰⁸ Já expusemos nosso entendimento na pág. 02.

Ressalta-se que apenas à herança será aplicada a regra do direito das sucessões, e que, depois de especificados os bens/direitos/obrigações objetos da herança, é que será procedida sua divisão entre aqueles de direito.

Aqui reside a importância das regras sobre regimes de bens, vez que o regime adotado pelos cônjuges/companheiro irá influenciar todo o procedimento da delação.

Não podemos tecer maiores considerações acerca da ordem de vocação hereditária sem antes tratarmos sobre os regimes de bens e suas influências na sucessão, o que faremos a seguir.

2.2. – DOS REGIMES DE BENS

Tratado no Título II do Livro IV do Código Civil, os regimes de bens estão situados sob o que se denomina *direitos patrimoniais do casal*.

Não temos como tratar deste tema sem buscarmos uma definição sobre o que vem a ser *regime de bens*, para o que acompanhamos a doutrina do professor Zeno Veloso¹⁰⁹ para quem o regime de bens é “o conjunto de regras jurídicas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher. Representa o estatuto patrimonial do matrimônio, regulando os interesses pecuniários dos esposos, entre si, e com terceiros”.

Fica claro que o casamento, além de determinar a vida em comum regada por características de sócio-afetividade – tema este que é o cerne de nosso estudo – reveste-se também de caracteres de cunho obrigacional, sendo, portanto, um ato complexo, pois, como no dizer de Orlando Gomes¹¹⁰:

“...levam em conta que não basta, para sua formação o consentimento dos nubentes, visto se necessária a declaração da autoridade para que o ato se aperfeiçoe. Vontades diferentes, a dos futuros cônjuges e a do juiz, são indispensáveis à sua formação. No primeiro momento, quando os nubentes declaram que se querem receber como marido e mulher, o acordo de vontades verifica-se como em qualquer

¹⁰⁹ VELOSO, Zeno. *Regimes matrimoniais de bens*. (in PEREIRA, Rodrigo da Cunha – Coord. – *direito de família contemporâneo*), p. 80.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 48.

contrato; no segundo, também necessário à formação do vínculo, dá-se a intervenção complementar da autoridade. Por isso, o casamento é *ato complexo* (...).”.

No regime de bens todas as regras, não proibidas por lei, podem ser convencionadas pelos cônjuges inclusive antes da celebração do casamento (pacto antenupcial), mediante escritura pública que deverá ser registrada e terá força de contrato, cuja eficácia fica condicionada à celebração do casamento (art. 1.639, § 1º, do CCB).

Seguindo os ditames da Carta Constitucional de 1988, o atual Código Civil buscou consagrar a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges durante a vigência da sociedade conjugal, como podemos depreender do que determina o art. 1.642, *caput* e inciso VI.

O regime de bens pode ser de dois tipos: **a)** convencional e; **b)** obrigatório. O primeiro se configura quando os cônjuges por livre e espontânea vontade optam pelo regime que melhor atendam suas necessidades/interesses, podendo ser feito mediante pacto antenupcial – que no silêncio dos nubentes permanecerá durante o casamento – ou outro que venha a ser adotado no curso da vida conjugal. Já o segundo se dá quando a própria lei – Código Civil – determina que certas pessoas adotem o denominado regime da separação de bens.

Caso os nubentes não venham a realizar pacto antenupcial, diz o Código Civil que estaríamos diante de uma vontade presumida destes em adotar o regime da comunhão parcial, ou também conhecido como *regime legal*, estando sua previsão constante do art. 1.640.

Fica facultado ao casal alterar o regime de bens durante a vida em comum, possibilidade ditada pelo art. 1.639, § 2º, sendo esta uma inovação trazida no novo texto do Código Civil, uma vez que o texto revogado não continha tal previsão.

Para que esta alteração proceda deve haver: **a)** consenso entre os cônjuges, vez que apenas um deles não é suficiente para tanto; **b)** pedido devidamente fundamentado; **c)** autorização de juiz competente para apreciar o pedido, com

audiência do representante do MP e; **d)** comprovação de que a alteração do regime não irá trazer prejuízos para eles ou terceiros.

Uma grande dúvida que se ventila atualmente é acerca da possibilidade de alteração do regime de bens oriundos de casamentos que foram celebrados sob a égide do Código de 1916.

Vemos com bons olhos tal possibilidade, vez que o art. 2.039 estabelece que a aplicação das normas atinentes ao regime novo serão consideradas como se fossem da época do casamento.¹¹¹

Já para os casos de regime obrigatório, sua alteração é impossibilitada. Com toda vênia, cremos que, desde que se cesse o fundamento da obrigatoriedade do regime, este poderia ser alterado.

¹¹¹ “Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido. (REsp 821.807/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.10.2006, DJ 13.11.2006 p. 261)”. www.stj.gov.br. – Acessado em 17/04/2007.

“CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL - CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA. 1 - Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 - Recurso conhecido e provido pela alínea "a" para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. (REsp 730.546/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 03.10.2005 p. 279)”. www.stj.gov.br. – Acessado em 17/04/2007.

Quanto à exigência de outorga por parte de um dos cônjuges para que o outro pratique atos de cunho civil, o *Codex* determina que tal só não será exigida quando se tratar do regime da separação total dos bens, com a finalidade de alienar ou estipular algum gravame real em seus bens, bem como atos de prestação de fiança, doação, etc.

Dúvidas não restam quanto à necessidade de regime de bens na união estável. Aqui, os companheiros terão a liberdade de escolher dentre os regimes de bens trazidos pelo Código, um que melhor represente seus interesses, podendo, ainda, convencionar, da maneira que venha a ser melhor para a convivência, sobre o patrimônio.

Processar-se-á mediante contrato, a ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos, que obedecerá a regra do art. 1.725 do Código Civil, não havendo necessidade de o ser por escritura pública. No silêncio dos companheiros, aplica-se analogicamente o que ocorre no casamento: o regime de bens que ditará a união estável será o da comunhão parcial.

Trazia em seu bojo, o texto de Código revogado, a possibilidade de escolha do regime dotal. No atual texto de Código Civil este não foi tratado pelo legislador, que trouxe o regime da participação final nos aqüestos.

Assim sendo, como se depreende do Capítulo III, IV, V e VI, do Título II, do Livro IV do Código Civil, existem quatro tipos de regime de bens, os quais serão analisados separadamente.

2.2.1 – Comunhão parcial

O regime da comunhão parcial é, atualmente, o regime de bens mais utilizado em nosso país.

Desde que passou a figurar no cenário jurídico nacional, com o advento da Lei nº 6.515/1977, se tornou comum e foi adotado como aquele a ser considerado “legal”, tendo vigência plena quando não houver disposição expressa dos cônjuges acerca

do regime de bens, e nas hipóteses de haver declaração de nulidade ou ineficácia do pacto patrimonial.

O que vigora nesse regime é um pouco do regime da comunhão total (os bens adquiridos onerosamente após o casamento se comunicam) e um pouco do regime da separação (vez que os bens particulares anteriores ao matrimônio ficam de fora da comunhão).

Salienta Maria Helena Diniz¹¹²:

“Esse regime, ao prescrever a comunhão dos aqüestos, estabelece uma solidariedade entre os cônjuges, unindo-os materialmente, pois ao menos parcialmente seus interesses são comuns, permitindo, por outro lado, que cada um conserve como seu aquilo que já lhe pertencia ao momento da realização do ato nupcial.”.

A separação entre os bens particulares e comuns será determinada com a celebração do casamento, nos termos dos arts. 1.658 c/c 1.661, ambos do Código Civil.

No já mencionado art. 1.659 e seus incisos constam os bens que ficam de fora da comunhão, a saber: I – os bens que cada cônjuge possui ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III – as obrigações anteriores ao casamento; IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salva reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII – as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

O inciso que tem repercussões diretas no campo sucessório é a hipótese descrita no inciso I. Acerca deste, diz Maria Helena Diniz¹¹³:

“Claro está que se o doador ou testador quisesse que a liberalidade beneficiasse o casal e não apenas um dos consortes, teria feito a doação ou legado em favor do

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – vol. 5*, p. 168.

¹¹³ *Idem*, p. 169.

casal. Se o nubente é herdeiro necessário, mas seu pai está vivo por ocasião do casamento, tem, obviamente, expectativa de direito, uma vez que só terá direito à legítima por morte do ascendente; como se trata de causa de ganho às núpcias, seu consorte não adquirirá os bens herdados (RT, 271:399). “.

No mesmo sentido já se pronunciou o STJ:

“CONCUBINATO. PEDIDO DE SUA DISSOLUÇÃO. DIREITO DE PARTILHAR BENS (MEAÇÃO). COMUNHÃO LIMITADA OU PARCIAL. EM TAL REGIME, COMUNICAM-SE OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTANCIA DO MATRIMONIO. MAS SÃO EXCLUIDOS DA COMUNHÃO, “OS BENS QUE CADA CONJUGE POSSUIR AO CASAR, E OS QUE SOBREVIEREM, NA CONSTANCIA DO MATRIMONIO, POR DOAÇÃO OU POR SUCESSÃO.” NÃO É LEGÍTIMO NEM LEGAL TENHA O CONCUBINATO TRATAMENTO DIVERSO. E DE LHE SER DADO TRATAMENTO IGUAL AO DO CASAMENTO, UMA VEZ APLICADO O REGIME DA COMUNHÃO LIMITADA OU PARCIAL, DONDE DEVEREM SER EXCLUIDOS DA COMUNHÃO, PORTANTO NÃO SUJEITOS A MEAÇÃO, OS BENS QUE COMO TAIS FORAM HERDADOS. COD. CIVIL, ART. 269-I. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (REsp 58.357/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 05.12.1995, DJ 29.04.1996 p. 13413).”.¹¹⁴

Ressalta-se que, conforme dispõe o art. 39 da Lei nº. 9.610/1998, “os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário”. No mesmo sentido, ficam excluídos da comunhão os bens que forem adquiridos pelo cônjuge a título de herança e/ou legado, não importando se estes foram recebidos durante a vigência da sociedade conjugal.

Quanto aos bens que se comunicam, estes estão descritos no art. 1.660 e incisos I a V, a saber: I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

O legislador repetiu, em parte, o que já anunciava o art. 271 do texto de Código Civil revogado.

¹¹⁴ www.stj.gov.br – Acessado em 17/04/2007.

No que tange aos bens móveis, estes deverão ser considerados, salvo prova em sentido contrário, como bens comum do casal. Trata-se, portanto, de presunção relativa.

O patrimônio do casal será administrado por um ou ambos os cônjuges, o que nos leva a acreditar que o Código Civil atual veio a consagrar a regra da igualdade entre homens e mulheres, já preconizada no texto Constitucional de 1988. No código revogado a determinação era que a administração competia apenas ao marido (art. 226, § 5º, da CF/88, art. 1.567 c/c arts. 1.670 e 1.663, *caput*, do CC).

Se porventura vier o casal a contrair dívidas quando da administração dos bens, tanto os bens particulares do cônjuge administrador quanto os do casal, bem como os de seu consorte (desde que provado que este obteve alguma benesse), ficarão subentendidos como bastantes para a satisfação do débito. Frise-se que é necessário que ambos os consortes consentam para a cessão de bens a título gratuito, conforme dispõe o art. 1.663, §§ 1º e 2º do CCB.

Ocorrendo dilapidação do patrimônio por parte de um dos cônjuges, ao juiz é facultado determinar que apenas um deles fique responsável pela administração do acervo patrimonial do casal, regra esculpida no art. 1.663, § 3º, que corresponde, parcialmente, ao art. 274 do texto de Código Civil de 1916.

Inovação traz o art. 1.664, onde fica estabelecido que “os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às despesas decorrentes de imposição legal.”.

Todavia, a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular, desde que haja entendimento diverso e expresso em pacto antenupcial, fica a encargo do cônjuge proprietário, como reza o art. 1.665.

As dívidas que qualquer dos cônjuges vier a contrair durante a administração de bens particulares de sua propriedade e em benefício próprio, não atingirão os bens

comuns, como diz o art. 1.666, que parcialmente repetiu o que estabelecia o art. 274 do texto de *Codex* anterior.

O regime de bens que ora analisamos será dissolvido quando ocorrer: a) morte de um dos cônjuges; b) separação judicial/divórcio; c) nulidade/anulação de casamento.

Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos consortes, os bens que eram de sua propriedade são entregues aos seus herdeiros. Havendo dissolução pela separação judicial, divórcio ou anulação, os bens que constituem patrimônio comum serão partilhados; quanto aos incommunicáveis cada cônjuge retira o que lhe pertence. Não são, portanto, meeiros, visto que não têm carta de metade como no regime de comunhão universal de bens.¹¹⁵

2.2.2 – Comunhão total

O regime da comunhão total de bens não é novidade no presente Código, haja vista que o mesmo encontrava-se no art. 262 do anterior Estatuto Civil. Hodiernamente, é tratado no art. 1.667.

A regra do regime da comunhão total dos bens é a de que todos os bens, sejam eles adquiridos antes ou durante a sociedade conjugal, se comunicam. O mesmo se aplica, em linhas gerais, às dívidas.

Segundo Guillermo A. Borda¹¹⁶:

“En el régimen de la *comunidad universal* todos los bienes presentes y futuros de los esposos pertenecen a ambos; disuelta la sociedad, se dividen entre ellos en partes iguales, sin consideración de su origen. Éste es el sistema que mejor responde al concepto de ‘unión de cuerpos y almas’, y de matrimonio indisoluble, pero, naturalmente, la proliferación de los divorcios, sean vinculares o de cuerpos, lo hace actualmente injusto e inaplicable;”.

Como no regime tratado anteriormente, este também explicita, nos incisos do art. 1.668, o que é excluído da comunhão, a saber: I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incommunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 175.

gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

O STJ¹¹⁷ em decisão recente assim se manifestou:

“O REGIME DE BENS DO CASAMENTO EM QUESTÃO É O DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, COM OS CONTORNOS DADOS À ÉPOCA PELA LEGISLAÇÃO NACIONAL APLICÁVEL, SEGUNDO A QUAL, NOS TERMOS DO CC/1916 262 [CC 1.667], IMPORTAVA ‘A COMUNICAÇÃO DE TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS DOS CÔNJUGES E SUAS DÍVIDAS PASSIVAS’, EXCETUANDO-SE DESSA UNIVERSALIDADE, SEGUNDO O CC/1916 263, II E XI [CC 1.668, I] ‘OS BENS DOADOS OU LEGADOS COM A CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE E OS SUB-ROGADOS EM SEU LUGAR’, BEM COMO ‘OS BENS DA HERANÇA NECESSÁRIA, A QUE SE IMPUSER A CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE’ (REsp 275985/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17.06.2003, DJ 13.10.2003 p. 366).”.

Não olvidemos em alertar sobre uma aparente semelhança entre os artigos 1.668, I e 1.659, I, vez que esses dois dispositivos do CCB jamais podem ser confundidos.

No regime da comunhão parcial de bens, sempre que um dos cônjuges vier a receber um bem por doação ou sucessão, ainda que durante a sociedade conjugal, via de regra, tais bens não serão objetos de comunicação, ao passo que no regime da comunhão universal de bens, os bens que um dos cônjuges vir a receber, via geral, serão objetos de comunicação.

Caso um dos consortes venha a receber doação ou sucessão durante o matrimônio, e o regime matrimonial for o da comunhão universal de bens, estes bens recebidos só ficaram de fora de futura comunhão se houverem sido gravados com cláusula de incomunicabilidade.

Uma peculiaridade desse regime é que “nenhum dos cônjuges é proprietário exclusivo da totalidade dos bens do casal, mas cada um tem neles uma *metade ideal* de que não pode dispor, enquanto dura a sociedade conjugal”.¹¹⁸

¹¹⁶ BORDA, Guillermo A. *Manual de família*, pp. 116-117.

Quanto à administração dos bens, como já expusemos anteriormente, nosso Código Civil, ao contrário de seu antecessor, trouxe em seu corpo a regra constitucional de que homens e mulheres são iguais. Desta feita, a ambos fica a incumbência de zelar e administrar os bens comuns (art. 226, § 5º, da CF/88, art. 1.567 c/c arts. 1.670 e 1.663, *caput*, do CC).

As causas que ensejam a dissolução da comunhão que hora tratamos são as mesmas que mencionamos quando do regime da comunhão parcial de bens: **a)** morte de um dos cônjuges; **b)** separação judicial/divórcio; **c)** nulidade/anulação de casamento.

Assim, extinta a comunhão, o ativo e o passivo da sociedade serão divididos e a responsabilidade dos cônjuges findará para com os credores do outro.

2.2.3 – Participação final dos aqüestos

O regime da participação final dos aqüestos não estava previsto no Código Civil revogado, sendo, portanto, uma inovação do legislador do atual *Codex*, encontrando-se previsto no Capítulo V, do Título II, do Livro IV.

Para a validade deste regime, é necessário, contudo, a existência de pacto antenupcial.

Afirma Silvio Rodrigues¹¹⁹:

“Representa um regime híbrido, ou misto, ao prever a separação de bens na constância do casamento, preservando, cada cônjuge, seu patrimônio pessoal, com a livre administração de seus bens, embora só se possa vender os imóveis com a autorização do outro, ou mediante expressa convenção no pacto dispensando a anuência (art. 1.672 e 1.673, parágrafo único c/c art. 1.656). Mas, com a dissolução, fica estabelecido o direito à metade dos bens adquiridos a título oneroso.”.

¹¹⁷ www.stj.gov.br – Acessado em 19/04/2007

¹¹⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, p. 170.

¹¹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – vol. 6, atual. por Francisco José Cahali*, p. 194.

Diante dessa lição, chegamos ao entendimento de que neste regime de bens ambos os cônjuges possuem direito a manter e administrar seu patrimônio pessoal como bem quiserem.

A divisão dos bens acontecerá no momento da dissolução da sociedade conjugal, quando serão devidamente divididos os aqüestos. Assim sendo, quando a divisão não for possível, haverá uma avaliação para que se possa calcular o valor que deverá ser pago, em dinheiro, ao outro consorte.

Segundo o art. 1.674, ficam excluídos: **a)** os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; **b)** os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e **c)** as dívidas relativas a esses bens. Diz o parágrafo único deste artigo que os bens móveis serão presumidos como adquiridos no curso do casamento, podendo, entretanto, haver prova em sentido contrário.

Quanto aos bens móveis, é garantido aos cônjuges proceder a sua alienação, ficando presumido perante terceiros que estes são comuns, admitindo-se, contudo, prova no sentido diverso de que o bem móvel era exclusivo de um dos cônjuges.

A meação não poderá ser renunciada, cedida ou penhorada durante a vigência deste regime de bens, como estabelece o art. 1.682 do Código Civil.

Caso um dos cônjuges, após o casamento, venha a contrair dívidas, estas serão arcadas pelo mesmo, exceto quando haja reversão parcial ou integral do outro cônjuge. As dívidas que ultrapassarem o valor da meação não vinculam o outro cônjuge e seus herdeiros.

Se a sociedade conjugal se dissolver por morte de um dos cônjuges, a meação do cônjuge supérstite se dará da forma tratada acima, ficando a parte que seria do *de cuius* sujeita às regras do direito das sucessões.

2.2.4 – Separação

Trata-se de regime de bens que necessita de prévio consentimento (escolha) por parte dos cônjuges em pacto antenupcial ou imposição legal para casamentos em que os nubentes se enquadrem numa das situações trazidas pelo art. 1.641 do Código Civil.

Na separação cada cônjuge continua com a propriedade de seus bens particulares, cabendo a cada um a administração de seus bens da maneira como lhes for mais conveniente.

Sob a égide do Código de 1916 (art. 276) era possível ao cônjuge realizar alienações em sua propriedade particular, bem como estipular quais desses seriam objeto de gravame real desde que houvesse outorga uxória. Tal entendimento não figura mais em nosso atual Código, conforme se denota do art. 1.687.

Hoje, impõe a lei que os cônjuges ficam incumbidos de zelar pela justa contribuição, na proporção do que percebem como fruto de trabalho, nas despesas do casal, exceto se houver disposição em sentido diverso em pacto antenupcial.

Existe divergência na doutrina e jurisprudência acerca da obrigatoriedade de constar em pacto antenupcial a intenção do casal em não dividir os aqüestos em eventual dissolução da sociedade conjugal, aplicando-se tão-somente as regras atinentes à separação de bens.

Assim sendo, “estipulada expressamente na convenção antenupcial a separação absoluta, não se comunicam os bens adquiridos depois do casamento (aqüestos).”¹²⁰

Havia no Código anterior a mesma divergência quando da interpretação do art. 259 revogado, divergência esta que fez com que o STF editasse a Súmula nº. 377¹²¹.

¹²⁰ RT 715/268.

¹²¹ Súmula nº. 377 do STF: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Atualmente, tendo o Código criado o regime da participação final dos aqüestos, veio este a seguir o que dizia a Súmula mencionada, não mantendo em seu corpo o mesmo entendimento que o Código Civil de 1916 trazia no texto de seu art. 259.

Desta forma, nos curvamos ao entendimento de que o presente ordenamento civil veio a privilegiar a idéia de separação total dos bens do casal.

2.3 – A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA TRAZIDA PELO ATUAL TEXTO DE CÓDIGO CIVIL

A ordem de vocação hereditária é o vínculo que a lei estabelece para que os bens/direitos/obrigações sejam transmitidos por aqueles que se encontrem vinculados ao seu antigo proprietário.

Para a transmissão do acervo hereditário aos herdeiros imperioso se faz uma ordem/seqüência para que este ou aquele herdeiro venha a se colocar em situação que lhe garanta o recebimento de sua herança, bem como lhe situar dentre os vários sucessores que porventura o falecido deixou, estabelecendo, desta feita, uma preferência ao chamamento destes.

A ordem de vocação hereditária se divide em classes, devendo tal ordem ser respeitada, sob pena de nulidade da delação. Importante frisar que os herdeiros mais próximos preferem aos mais remotos.

Mazeaud et Mazeaud¹²² afirmava que:

“Pour éviter les résultats fâcheux de la priorité réglée par la seule proximité du degré, les parents ont été repartis en quatre ordres. *Ceux classés dans un ordre excluent ceux de l'ordre suivant, alors même que ces derniers seraient plus proches en degré.* Par exemple, le premier ordre est formé des descendants; les descendants excluent donc tous autres parents: l'arrière-petit-fils du de cujus (parent au 3^o degré) exclut le père du de cujus (parent au 1^o degré). *C'est seulement entre les parents d'un même ordre que peut jouer la proximité du degré (...).*”

¹²² MAZEAUD et MAZEUAD. *Ob. cit.*, pp. 596-597.

Encontra-se atualmente no art. 1.829, que não reproduziu a ordem vocatória do art. 1.603 do texto de Código Civil revogado. Entretanto, ainda que tenham ocorridos mudanças (as quais serão tratadas em momento oportuno), veio a deixar da ordem dos vocacionados o companheiro, mencionando-o apenas na parte geral do direito das sucessões (art. 1.790).

O critério adotado em nosso sistema, seguindo a tradição da maioria das legislações, leva em consideração os laços familiares dos herdeiros com o falecido, incluídos neste o parentesco consangüíneo ou civil e o vínculo decorrente de casamento ou da união estável, considerando-se que a eles desejaria o falecido destinar a herança, mesmo sem qualquer manifestação expressa de vontade.¹²³

A vocação hereditária prevista na lei vale para todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, desde que domiciliadas no território nacional. O sistema era diverso na antiga Lei de Introdução ao Código Civil, que atendia ao princípio da nacionalidade. Foi alterada essa orientação normativa, desde a Lei de Introdução advinda com o Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, cujo art. 10 assim dispõe: “A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens”.¹²⁴

Tendo a LICC tratado a matéria da forma supra mencionada, o comando constitucional do art. 5º, XXXI determina que “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*”.

Trata-se de, no dizer de Arruda Alvim¹²⁵, de *competência absoluta da autoridade judiciária brasileira*.

No mesmo sentido é o seguinte julgado:

“DIREITOS INTERNACIONAL PRIVADO E CIVIL. PARTILHA DE BENS. SEPARAÇÃO DE CASAL DOMICILIADO NO BRASIL. REGIME DA COMUNHÃO

¹²³ CAHALI, Francisco José. *Ob. cit.*, p. 158,

¹²⁴ OLIVEIRA, Euclides. *Ob. cit.*, p. 82.

¹²⁵ ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil – vol. 1*, p. 276.

UNIVERSAL DE BENS. APLICABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO VIGENTE NA DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. COMUNICABILIDADE DE TODOS OS BENS PERSENTES E FUTUROS COM EXCEÇÃO DOS GRAVADOS COM INCOMUNICABILIDADE. BENS LOCALIZADOS NO BRASIL E NO LIBANO. BENS NO ESTRANGEIRO HERDADOS PELA MULHER DE PESSOA DE NACIONALIDADE LIBANESA DOMICILIADA NO BRASIL. APLICABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO DAS SUCESSÕES. INEXISTÊNCIA DE GRAVAME FORMAL INSTITUÍDO PELO DE CUJUS. DIREITO DO VARÃO À MEAÇÃO DOS BENS HERDADOS PELA ESPOSA NO LIBANO. RECURSO DESACOLHIDO. I - Tratando-se de casal domiciliado no Brasil, há que aplicar-se o direito brasileiro vigente na data da celebração do casamento, 11.7.1970, quanto ao regime de bens, nos termos do art. 7º-§ 4º da Lei de Introdução. II - O regime de bens do casamento em questão é o da comunhão universal de bens, com os contornos dados à época pela legislação nacional aplicável, segundo a qual, nos termos do art. 262 do Código Civil, importava "a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas", excetuando-se dessa universalidade, segundo o art. 263-II e XI do mesmo Código "os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar", bem como "os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade". III - Tratando-se da sucessão de pessoa de nacionalidade libanesa domiciliada no Brasil, aplica-se à espécie o art. 10, caput, da Lei de Introdução, segundo o qual "a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei em que era domiciliado o defunto ou desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens". IV - Não há incomunicabilidade dos bens da herança em tela, sendo certo que no Brasil os bens da herança somente comportam incomunicabilidade quando expressa e formalmente constituído esse gravame pelo de cujus, nos termos dos arts. 1.676, 1.677 e 1.723 do Código Civil, complementados por dispositivos constantes da Lei de Registros Públicos. V - Não há como afastar o direito do recorrido à meação incidente sobre os bens herdados de sua mãe pela recorrente, na constância do casamento sob o regime da comunhão universal de bens, os que se encontram no Brasil e os localizados no Líbano, não ocorrendo a ofensa ao art. 263, do Código Civil, apontada pela recorrente, uma vez inexistente a incomunicabilidade dos bens herdados pela recorrente no Líbano. VII - O art.89-II, CPC, contém disposição aplicável à competência para o processamento do inventário e partilha, quando existentes bens localizados no Brasil e no estrangeiro, não conduzindo, todavia, à supressão do direito material garantido ao cônjuge pelo regime de comunhão universal de bens do casamento, especialmente porque não atingido esse regime na espécie por qualquer obstáculo da legislação sucessória aplicável. VIII - Impõe-se a conclusão de que a partilha seja realizada sobre os bens do casal existentes no Brasil, sem desprezar, no entanto, o valor dos bens localizados no Líbano, de maneira a operar a equalização das cotas patrimoniais, em obediência à legislação que rege a espécie, que não exclui da comunhão os bens localizados no Líbano e herdados pela recorrente, segundo as regras brasileiras de sucessão hereditária. (REsp 275985/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17.06.2003, DJ 13.10.2003 p. 366)."¹²⁶

A ordem de sucessão que nosso atual Código traz (art. 1.829) é, portanto, bem mais ampla e complexa do que aquela que se encontrava no texto revogado (art. 1.603¹²⁷).

¹²⁶ www.stj.gov.br – Acessado em 19/04/2007.

¹²⁷ “Art. 1.603: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I – aos descendentes;
- II – aos ascendentes;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais;

Diz o art. 1.829 do atual texto de Código Civil:

“Art. 1.829 – A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência como cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.”

A proposta agora estampada no art. 1.829 do Código Civil altera – e de forma substancial – uma tradição secular que não se revelara válida no terreno sucessório, como, igualmente, distinguia-se “pela simplicidade (correspondendo), com a possível exatidão, ao conceito de família na sociedade, para a qual se organizou: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais”.¹²⁸

Posição que nos deixou de certa feita entristecidos com a falta de sensibilidade do legislador em não reconhecer os filhos sócio-afetivos como herdeiros para receber a herança em concorrência com os demais filhos sangüíneos ou civis do *de cuius*.

Teceremos algumas considerações acerca dos vocacionados do art. 1.829 de maneira separada, ressaltando que em momento próprio apresentaremos propostas de *lege ferenda* para corrigir, em nosso sentir, este equívoco por parte da Lei Civil.

2.4 – DA SUCESSÃO DOS DESCENDENTES E DO CÔNJUGE

Os descendentes gozam de uma situação assaz privilegiada quando da delação sucessória, entendendo o legislador ser tal posição um reflexo de uma vontade, mesmo que não manifestada, por parte do *de cuius*, a fim de garantir a seus filhos uma melhor qualidade de vida com o acervo a estes deixado.

No texto do Código Civil de 1916 constava do art. 1.603, I, apenas os descendentes, sendo estes, portanto, a única classe de herdeiros. Atualmente, no inciso I do art.

V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.”

¹²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 214.

1.829, podemos constatar a presença do cônjuge em situação de concorrência com os descendentes.

Falecido o autor dos bens/direitos/obrigações, abre-se a sucessão e, quando da delação, os descendentes herdarão por direito próprio – sucessão por *cabeça* – (caso estejam vivos) ou serão representados (caso estejam impossibilitados de herdarem, ficando seus filhos legitimados para tanto) – sucessão por *estirpe*.

A regra do “parente mais próximo prefere ao mais remoto” também é aplicada aos descendentes, como determina o art. 1.833 do Código Civil.¹²⁹

Como já tratado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal não podem ser diferenciados os filhos sanguíneos e os filhos adotivos, haja vista que nossa Constituição Federal de 1988 veda qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado entre estes filhos.¹³⁰

Para Roberto Senise Lisboa¹³¹:

“*Descendente* é o parente consanguíneo ou adotado em linha reta, pós-existente ao sujeito, que é dele ascendente.

Descendência é, assim, a série que procede de um genitor comum, ainda que mediante adoção.

O parentesco entre descendentes consanguíneos pode advir de agnação ou cognação.

Agnação é o parentesco entre descendentes consanguíneos pelo lado paterno.

Cognação é o parentesco entre descendentes consanguíneos pelo lado materno.”.

Os filhos irão receber os bens/direitos/obrigações de maneira proporcional, devendo aqueles filhos que forem agraciados com doações do autor da herança levar tais bens à colação, sob pena de receberem mais que os demais e causar um desequilíbrio entre os herdeiros.

A doutrina de Francesco Messineo¹³² é:

¹²⁹ Como já dizia PLANIOL, Marcel. Par Georges Ripert et Jean Boulanger (*ob. cit.*, p. 601): “En principe, lorsque les descendants ne sont pas du même degré, le *descendant le plus proche en degré prime les autres*; (...)”.

¹³⁰ TRABUCCHI, Alberto (*ob. cit.*, p. 838): “Ai figli legittimi sono equiparati i legittimari e gli adottivi”.

¹³¹ LISBOA, Roberto Senise. *Ob. cit.*, pp. 462-463.

¹³² MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 6º, p. 73.

“I *discendenti legittimi* costituiscono la *prima categoria* di parenti legittimi successibili; fra i discendenti legittimi, rientrano i *figli legittimi* e i *discendenti* di questi *all’infinito*; i quali ultimi succedono per diritto di rappresentazione (cfr. § 176, n. 4). Per ‘figli legittimi’, si intendono, oltre i legittimi veri e propri (567 primo comma), anche i *legittimati* (*retro*, § 65), gli *adottivi* (*retro*, § 69) e (per diritto di rappresentazione: § 197), i rispettivi *discendenti*; i *nati da matrimonio putativo*, ma nella sola ipotesi di cui all’art. 128 secondo comma (*retro*, § 59, n. 6).”.

Todavia, o legislador de 2002 trouxe uma inovação quando inseriu o cônjuge como herdeiro necessário em concorrência com os descendentes, trazendo grandes polêmicas e discussões, as quais teceremos singelas considerações.

Analisando o texto do art. 1.829, I, do atual Código Civil, temos a idéia de que o mencionado dispositivo será aplicado excepcionalmente, já que os herdeiros do *de cuius* receberão os bens/direitos/obrigações sem que concorram com o consorte supérstite quando o regime de bens do casamento for: **a)** comunhão universal; **b)** separação obrigatória e; **c)** comunhão parcial, desde que não haja bens particulares do autor da herança.

Haverá concorrência dos herdeiros com o cônjuge sobrevivente quando o *de cuius* tivesse um dos seguintes regimes de bens: **a)** participação final nos aqüestos; **b)** comunhão parcial, desde que haja bens particulares do autor da herança e; **c)** quando o casal livremente acordar sobre a separação de bens.

Em que pese à mudança legislativa do atual Código Civil, este trouxe uma imprecisão quando fez remissão ao art. 1.640, I, sendo que o correto seria mencionar o art. 1.641, todos do CCB.

Cahali¹³³ diz que talvez a intenção do legislador tenha sido dar ao cônjuge uma participação sucessória sobre os bens nos quais não terá meação pelo regime de bens adotado no casamento.

Parece-nos que a tentativa do legislador não foi das mais felizes, pois este dispositivo trouxe e ainda traz muitas dúvidas quanto a sua amplitude. Como regra geral voltada a nortear a convivência do homem em sua vida privada, entendemos que o texto do Código Civil deveria ter sido o mais claro e objetivo possível.

A falta de clareza e objetividade presente no texto do inciso em comento pode resultar uma certa insegurança jurídica, com o surgimento de inúmeras interpretações por parte dos doutrinadores e aplicadores do direito.

Cumprido ressaltar que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto-lei nº. 6.960/02, visando alterar o texto do art. 1.829, I, do CCB, com a finalidade de modificar a menção ao art. 1.640, § único para o art. 1.641, todos do Código Civil, uma vez que tal artigo seria mais adequado.

A finalidade seria corrigir esse erro, ficando o texto do art. 1.829, I com a seguinte redação:

“Art. 1.829: (...):

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;”.

A doutrina de Francisco José Cahali¹³⁴ é muito precisa e sábia ao sustentar que:

“Porém, como apresentado no texto, sem referência a esta incidência da herança apenas sobre o acervo individual, temos para nós que a regra estabelece um *critério de convocação*, se preenchidos os seus requisitos, para concorrer na universalidade do acervo. (...).

Convocado o cônjuge, terá direito a uma parcela sobre toda a herança, inclusive recaindo o seu quinhão também sobre os bens nos quais eventualmente já possui a meação.”.

Diante do que foi exposto, não nos resta outra conclusão senão a de que foi preservado e garantido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente que tenha contribuído para a vida do casal, deixando clara que a noção da dedicação à sociedade conjugal não se extingue com a dissolução matrimonial.

Corroborando este entendimento, pertinente é a lição de Oliveira Ascensão¹³⁵:

“Este grande esforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição de cônjuge é concebida como uma posição infinitamente mutável. Aquele

¹³³ CAHALI, Francisco José. *Ob. cit.*, p. 213.

¹³⁴ *Idem. Ibidem.*

¹³⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 353.

porém a quem calhe ocupar a posição de cônjuge, na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada proteção sucessória.

Por outras palavras, a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjuga depois de ele estar dissolvido. A lei tende a conceber o casamento como um instituto *mortis causa*.”.

Houve uma super proteção por parte do legislador ao cônjuge sobrevivente, o que pode gerar o entendimento da impossibilidade de delação apenas aos descendentes.

Com certeza poderia o legislador ter evitado tal infelicidade se levasse em conta o exposto no Texto Maior de nosso país quando afirma que há ampla igualdade entre homens e mulheres, bem como ao fato destas, hodiernamente, desfrutarem de situação idêntica ou, em alguns casos, melhor até que a dos homens.

Deixou, portanto, de atentar o que é tratado no Livro do Direito de Família: onde tanto o homem quanto a mulher possuem a chefatura do núcleo familiar, não havendo, portanto, submissão entre um e outro.

Esse é o texto do Enunciado 270, da III Jornada do STJ¹³⁶:

“O CC 1.829, I só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final dos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”.

Certamente, o lado mais necessitado da família (a prole) sofreu diretamente com tal inovação legislativa, pois protegeu aquele que já possuía e possui uma situação econômico-social mais privilegiada (o cônjuge) em detrimento dos necessitados (os filhos).

Nosso estudo não tem por escopo tecer maiores considerações acerca das inovações trazidas pelo art. 1.829, I do atual Código Civil, uma vez que já se encontra doutrina especializada sobre o tema.

¹³⁶ Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>.

Entretanto, entendemos que seria de bom grado a retirada do cônjuge do mencionado inciso, pois traria clarividência à todos de que a posição do consorte seria garantida por força da meação, determinada pelo regime de bens, podendo o titular dos bens/direitos/obrigações dispor para quem quisesse.

2.5 – DA SUCESSÃO DOS ASCENDENTES E DO CÔNJUGE

Diz o art. 1.836 do Código Civil que “*na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente*”.

No que tange às peculiaridades dessa sucessão, devem ser observadas as orientações dos §§ 1º e 2º do artigo supra, para os quais “*na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (§ 1º)*” e “*havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna (§ 2º)*”.

A vocação em tela se dá juntamente com o cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.829, II do Código Civil, nos mesmos moldes em que se opera a vocação dos descendentes com o cônjuge.

A vocação hereditária dos ascendentes estriba-se em razões de reforçada afetividade e na tutela à geração precedente, menos capaz de adquirir bens devido ao declínio da capacidade laborativa. A afeição evidente primeiramente aos descendentes só depois sobe aos ascendentes (*amor primum descendit, deinde ascendit*). Deles se origina a vida do autor da herança; por eles foi educado e orientado nas etapas basilares da vida, por eles, que representam a raiz genética do filho, sua retaguarda moral e sentimental.¹³⁷

Há uma preferência dos vinculados ao *de cujus* em linha reta, anteriormente prevista no texto de Código Civil de 1916, sendo que a novidade aqui se dá por conta da posição do cônjuge, que não tinha previsão no texto anterior.

¹³⁷ ALMADA, Ney de Mello. *Ob. cit.*, p. 181.

O art. 1.852 do CCB dispõe que “o direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente”, o que nos leva a crer que o legislador buscou garantir a aplicação da máxima *o mais próximo exclui o mais remoto*, pouco importando serem parentes paternos ou maternos, ou seja, se quando da morte do titular dos bens/direitos/obrigações, seus pais forem vivos, estes herdaram em quotas iguais, não sendo relevante se ainda estão unidos pelo laço do matrimônio, ressaltando-se que se um deles houver falecido, o outro herda o acervo hereditário em sua totalidade.

Nesse sentido tem-se que a posição de concorrência do cônjuge supérstite trouxe-lhe garantias e o reconhecimento de seus direitos, diferente do texto Civil de 1916, que determinava a transmissão de todo o patrimônio constituído ao ascendente do *de cujus* sem que houvesse concorrência.

A partilha na sucessão dos ascendentes se dá por linha e não por cabeça, reafirmando-se o princípio que só os integrantes do mesmo grau podem concorrer à herança.¹³⁸

2.6 – DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE

Seguindo a ordem tratada no art. 1.829, III, do atual Código Civil, o cônjuge sobrevivente terá garantido seu direito sucessório, desde que observadas algumas peculiaridades.

A principal exigência que o art. 1.830¹³⁹ faz é a observância do estado civil do cônjuge sobrevivente no momento em que o titular dos bens/direitos/obrigações falece, isto quer dizer que o cônjuge sobrevivente só terá direito a uma parte do acervo se não estiver separado judicialmente ou separado de fato há dois anos antes da morte.

¹³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 245.

¹³⁹ “Art. 1.830: Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”.

A vocação do cônjuge pressupõe a subsistência do vínculo conjugal e, por isso mesmo, não há como invocar esse direito se já ocorreu a separação judicial (com o aval do Judiciário) ou a mera separação fática (sem aquele aval, mas com iguais efeitos quanto à ruptura do vínculo). Excepciona-se, ainda, no final do artigo, a hipótese de ruptura sem culpa do sobrevivente, situação em que este herda, já que a separação se deu por fator alheio à sua vontade.¹⁴⁰

No texto de Código Civil revogado o direito sucessório do cônjuge supérstite era tratado no art. 1.611¹⁴¹, sendo que este só herdava na falta de descendentes e ascendentes e se não estivesse “desquitado¹⁴²” quando do óbito do titular dos bens/direitos/obrigações.

Nosso atual Código, por sua vez, garante ao cônjuge sobrevivente, independente do regime matrimonial e do que lhe será de direito na meação do montante hereditário, o direito real de habitação no imóvel destinado como residência familiar, sendo necessário que este seja bem exclusivo e único a ser objeto de inventário.

Todavia, havendo mais um imóvel tido como residencial para a entidade familiar, não há que se falar no mencionado direito real.

Temos que observar, ainda, as influências do casamento nulo na sucessão do cônjuge, pois caso venha a surgir uma sentença que declare nulo determinado casamento, este só irá produzir efeitos sucessórios se for tido como putativo, favorecendo, tão somente, o cônjuge que celebrou o matrimônio com boa-fé. Ocorrendo a anulação durante a vida do titular dos bens/direitos/obrigações, não há que se falar em sucessão, haja vista que a partilha será realizada no momento em que for declarada a nulidade.

¹⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 228.

¹⁴¹ “Art. 1.611: Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados.”

¹⁴² Antes do advento da Lei do divórcio e as alterações posteriores, o desquite era o meio utilizado para se dissolver a comunidade conjugal. Entretanto, o vínculo conjugal permanecia.

Agora alçado à condição de herdeiro necessário, não poderá o cônjuge sobrevivente sofrer exclusão da sucessão por testamento deixado pelo autor da *universitas*, como dispõe o art. 1.850 do atual texto de Código Civil.

Por fim, não havendo descendentes ou ascendentes, a sucessão será exclusiva do cônjuge sobrevivente, consoante dispõe o art. 1.838: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.”

2.7 – DA SUCESSÃO DOS COLATERAIS

Postos na última classe preferencial para herdar, os colaterais, até o quarto grau, serão chamados à sucessão, desde que não haja cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.839 do Código Civil, que no estatuto revogado estava previsto no art. 1.612¹⁴³.

É de ressaltar a importância do art. 1.841, de se extraí que, estando a concorrer na sucessão apenas os irmãos do titular dos bens/direitos/obrigações, a diferenciação entre irmãos germanos e uterinos é importante, já que o primeiro deles herdará em dobro tudo àquilo que o segundo tiver direito.

Pertinente é a doutrina de Orlando Gomes:

“Concorrendo à sucessão irmãos germanos e unilaterais, o quinhão de cada irmão consangüíneo, ou uterino, ou de seus descendentes será igual à metade do quinhão de cada um dos irmãos bilaterais. A regra está enunciada na lei nos seguintes termos: concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.”

Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais (art. 1.842). O mesmo se aplicará se não houver concorrência de unilaterais.

¹⁴³ “Art. 1.612 CCB/1916: Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do art. 1.611, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.”

A regra “do mais próximo exclui o mais remoto” também se aplicará aqui, ressalvados o direito de representação dos filhos dos irmãos, os sobrinhos do *de cujus*.

São parentes de quarto grau na linha colateral: **a)** os primos; **b)** os sobrinhos-netos; e **c)** tios-avôs, os quais serão chamados sempre que o *de cujus* não deixar nenhum dos outros herdeiros acima elencados, bem como sobrinhos e tios.

2.8 – DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

2.8.1 – Considerações gerais

A sucessão do companheiro é regulamentada fora do capítulo que se destina à ordem de vocação hereditária, estando, portanto, na parte das disposições gerais do Direito das Sucessões, mais precisamente, no art. 1.790 do Código Civil.

Anteriormente tratada como *concubinato*, a união estável tinha certa restrição em nosso mundo jurídico, porque em posição favorecida estava a família tida como legítima, isto é, originária do casamento, o que privava a concubina de valer-se de certos direitos.

Pouco a pouco, a legislação e, especialmente, a jurisprudência passaram a dispensar melhor tratamento à relação concubinária, com exceção da adúltera. E assim fizeram para não se furtarem à solução jurídica de situações fáticas cada vez mais crescentes, especialmente no período pré-divórcio (anterior a 1977), em que as pessoas desquitadas, já em número expressivo, ficavam privadas da constituição de nova família através do casamento.¹⁴⁴

Há que se destacar a Súmula de 35 do STF¹⁴⁵, que garantia ao concubino direito de receber indenização quando seu convivente viesse a falecer em atividade laborativa ou de transporte. No mesmo diapasão foram as conquistas no campo do direito

¹⁴⁴ CAHALI, Francisco José. *Ob. cit.*, p. 223.

¹⁴⁵ Súmula 35 do STF: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.”

previdenciário, bem como a possibilidade de um companheiro utilizar-se do sobrenome do outro, conforme dispunha os §§ 2º e 3º, do art. 57 da Lei n.º 6.015/73¹⁴⁶.

Ato contínuo, a edição da Súmula 380 do STF¹⁴⁷ garantiu aos que se encontravam em sociedade de fato, a possibilidade da partilha dos bens constituídos por comum esforço, fosse por participação ativa (no caso de contribuir com a efetiva compra) ou nos casos de participação passiva (manutenção e administração) destes.

A Carta Constitucional de 1988 também teve grande importância nesse aspecto, quando garantiu à união estável, em seu art. 226, § 3º, proteção estatal tal como ao casamento, seguida das modificações/regulamentações oriundas das Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96.

A codificação pretérita não havia tomado conhecimento do instituto, cabendo ao CC/2002 estruturar normativamente a questão sucessória na união estável, no suposto de, à semelhança do casamento, tratar-se de um autêntico núcleo de família.¹⁴⁸

Deve-se observar, contudo, alguns requisitos para a configuração e caracterização da união estável: **a)** homem e mulher (sexos opostos); **b)** convivência pública, durável e contínua; **c)** fim específico de constituir família; e **d)** ausência de impedimentos de cunho matrimonial entre os companheiros.

¹⁴⁶ “Art. 57. Qualquer alteração posterior de nomes, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa.

(...);

§ 2º. A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem, solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas;

§ 3º. O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, cinco anos ou existirem filhos da união.”

¹⁴⁷ Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

¹⁴⁸ ALMADA, Ney de Mello. *Ob. cit.*, p. 124.

Euclides de Oliveira¹⁴⁹, analisando os requisitos acima manifestou o seguinte entendimento:

“Cuida da união estável o § 3º do citado art. 226, pondo como requisito básico a heterossexualidade dos parceiros, por assimilação com a imagem do casamento. Não há definição dessa forma de entidade familiar, porém tem relevância a adjetivação “estável”, a significar certa duração no tempo que denota a efetiva intenção de formar uma união daquela espécie.”.

O atual texto de Código Civil trouxe em si duas etapas de mudanças sofridas pela união estável ao longo dos tempos.

Inicialmente, não repetiu o que dizia o *caput* do art. 1º da Lei nº. 8.971/94¹⁵⁰, onde se estabelecia o prazo mínimo de 5 (cinco) anos de vida em comum para a configuração da união estável, requisito, inclusive, abolido pela Lei nº. 9.278/96.

Entendemos que, tanto na Lei supramencionada quanto no atual texto de Código Civil, a ausência de estipulação de prazo foi positiva, pois não será o lapso temporal que irá determinar ou não a união estável, mas, sim, o afeto, a vontade dos companheiros, o crescimento familiar e patrimonial que estes tiverem, bem como sua condição perante a sociedade.

Claro que, mesmo protegida pelo Estado, a união estável não pode vir a ser alçada no mesmo patamar que o casamento.

O casamento é instituição sagrada e solene que, por muitos anos, foi regulamentada por regras do Direito Canônico, revestindo-se, portanto, de toda uma formalidade, com a exigência de requisitos dispostos pela Igreja.

A união estável não poderia ser deixada ao alento e sem proteção do Estado, mas, também, não poderia ser igualada ao casamento, motivo pelo qual o legislador

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Euclides de. *Ob. cit.*, p. 149.

¹⁵⁰ “Art. 1º: A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.”.

disciplinou algumas diferenças, como a inexistência de causas suspensivas para a realização da união estável.

Ademais, quando uma união estar impedida de ser formalizada pelos laços do casamento, o casal não poderia ter outro meio de núcleo familiar senão o da união estável, haja vista que mesmo ocorrendo causas suspensivas para o matrimônio, óbice nenhum existe para a união estável.¹⁵¹

Passaremos a discorrer sobre as regras patrimoniais e algumas peculiaridades do aspecto sucessório.

2.8.2 – Do regime patrimonial e peculiaridades da sucessão

O Código Civil, em seu art. 1.725, estabelece que “na união estável, salvo contrário escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Depreende-se, dessa forma, que não havendo Contrato de Convivência entre os companheiros, estes terão como regime de bens o mesmo regime da comunhão parcial de bens prevista para o casamento. Todavia, havendo o aludido Contrato, estes poderão dispor sobre as regras patrimoniais que melhor venham a atender seus interesses.

Nelson Nery Júnior¹⁵² expõe que:

“Contrato entre companheiros é negócio jurídico bilateral de direito de família, submetido às regras gerais de existência, validade e eficácia do negócio jurídico (CC 104 e ss.) e pode ter por objeto as matérias de direito de família que se insiram na conceituação de direitos disponíveis, não podendo contrariar as regras do CC 1.724).”.

Para Euclides de Oliveira¹⁵³:

¹⁵¹ Oportuna é a posição de OLIVEIRA, Euclides de. (*ob. cit.*, p. 153): “Importante inovação diz com os impedimentos matrimoniais (art. 1.521 do Código Civil), que se aplicam, igualmente, na constituição da união estável.”

¹⁵² NERY JR. Nelson. *Código civil comentado*, p. 940 – nota 4 ao art. 1.735.

¹⁵³ OLIVEIRA, Euclides de. *Ob. cit.*, p. 153.

“Na questão patrimonial, em muitos aspectos iguala-se à união estável ao casamento, por sujeitar-se, no que couber, ao regime da comunhão parcial de bens. Assim, os bens adquiridos onerosamente (que não sejam, portanto, advindos de doação ou herança) durante a convivência são de propriedade comum, com duas exceções: se adquiridos com o produto da venda de bens particulares, ou se as partes celebrarem contrato escrito dispondo sobre a incomunicabilidade dos bens.”.

Temos, portanto, que dúvidas não pairam sobre as questões atinentes aos eventuais regimes patrimoniais escolhidos pelos companheiros, sendo importante tratar as questões de cunho sucessório desta união.

A sucessão do companheiro se encontra (eivada de pouca precisão técnica e má alocação no Código) tratada no art. 1.790, o qual dispõe:

“Art. 1.790: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a uma terça da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”.

Em face do tratamento diferenciado do companheiro em relação ao cônjuge, claro está que o mesmo deveria constar do art. 1.829 do diploma civil.

No próprio *caput* do art. 1.790 se verifica que o companheiro tem direito à meação quando o patrimônio for constituído por comum esforço e no curso da união, igualmente acontece após a exclusão da meação (respeitados os ditames atinentes ao direito patrimonial), quando a herança será devolvida aos herdeiros.

Caracteriza-se a meação por exprimir a dimensão quantitativa de direito das partes em condomínio ou comunhão, correspondendo uma situação entre vivos, bem como hereditária. Adquirida em vida, antes da abertura da sucessão, a meação despoja-se de qualquer conotação sucessória, tanto que, dissolvida a convivência, será partilhada entre os companheiros. Assim, o companheiro terá direito à meação dos

aquestos e, sobre a outra, que preenche a deixa hereditária do outro, uma porção variável porque a lei o faz herdeiro.¹⁵⁴

Não obstante a delação hereditária dos sucessores, o companheiro também receberá uma quota-parte como herdeiro do *de cuius*, ou seja, será meeiro e herdeiro, refletindo uma infelicidade por parte do legislador, haja vista que o companheiro sobrevivente perceberá uma quantia/parcela maior do que os filhos do casal.

Passaremos a tecer breves linhas, primeiramente, sobre a posição do companheiro quando este concorrer com: **a)** filhos comuns; e **b)** descendentes só do *de cuius*.

É inegável o erro crasso por parte do legislador quando disciplinou a concorrência do companheiro com os filhos comuns e com os descendentes exclusivos do falecido. Em relação aos filhos comuns, a imprecisão se dá pelo fato de que haver um favorecimento do companheiro em relação aos filhos comuns.

Importante citar o texto do Enunciado 266, da III Jornada do STJ¹⁵⁵, que veio a delinear nova amplitude para o inciso I do art. 1.790:

“266 – Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.”.

Quanto ao fato dos descendentes exclusivos do autor dos bens/direitos/obrigações, o erro é maior ainda, pois o companheiro irá receber metade do que for destinado a estes.

A doutrina de Cahali¹⁵⁶ é precisa ao dizer:

“Concorrendo com descendentes só do autor da herança, tocará ao companheiro a metade do que couber a cada um daqueles. A lei não distingue entre chamados por cabeça daqueles chamados por representação, mas só se mostra lógica a previsão se destinar ao viúvo a metade do que os descendentes por cabeça herdarem, diretamente ou representante herdeiro pré-morto.”.

¹⁵⁴ ALMADA, Ney de Mello. *Ob. cit.*, p. 128.

¹⁵⁵ Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>.

¹⁵⁶ CAHALI, Francisco José. *Ob. cit.*, p. 231.

É possível encontrar hodiernamente doutrinas específicas sobre o tema que ora empalmamos, as quais apresentam propostas de *lege ferenda*, trazendo em seu bojo suas justificativas e posições.

Seguindo nossa singela análise, chegamos à posição do companheiro sobrevivente quando estiver concorrendo com: **c)** ascendentes; e **d)** colaterais.

Havendo apenas ascendentes, nos termos do art. 1.790, III, do Código Civil, o companheiro perceberá um terço do total dos bens/direitos/obrigações deixadas pelo *de cuius*. De igual sorte será a quota dos ascendentes.

Entendemos se tratar de uma parcela fixa do total do acervo a ser destinada ao companheiro, haja vista se tratar de disposição expressa da lei.

Outra infelicidade por parte do legislador pode ser encontrada no mencionado inciso III do art. 1.790 quando da expressão “outros parentes sucessíveis”. Claro está que o art. faz menção aos demais vocacionados que são tratados no art. 1.829 do atual texto de Código Civil.

Assim sendo, os denominados *outros parentes sucessíveis* são: **i)** os ascendentes; **ii)** irmãos; **iii)** sobrinhos; **iv)** tios; e **v)** primos, sobrinhos-netos e tios-avós.

Como outrora manifestamos, os bens que serão partilhados entre o companheiro sobrevivente e os “outros parentes sucessíveis” são aqueles que foram adquiridos na constância da união estável a título oneroso, ao passo que os bens particulares do *de cuius* serão partilhados apenas pelos “outros parentes sucessíveis”.

Por fim, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito ao recebimento de todo o acervo deixado pelo falecido, conforme doutrina Euclides de Oliveira¹⁵⁷:

“Ainda nessa hipótese, a sucessão do companheiro restringe-se aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, por força da disposição do *caput* do art. 1.790.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Euclides de. *Ob. cit.*, p. 176.

Quer isso dizer, em interpretação literal do texto, que se os bens da herança forem particulares do *de cuius*, porque havidos antes de iniciada a convivência ou adquiridos a título gratuito, nada será atribuído ao companheiro sobrevivente. (...).”.

Nos inclinamos ao entendimento de que não havendo outros herdeiros que possam vir a concorrer com o companheiro sobrevivente, este ficará com todo o patrimônio constituído na união, bem como todos os particulares do *de cuius*.

Não há como fazermos uma leitura do art. 1.790, IV desassociada do art. 1.819, ambos do Código Civil, haja vista que não há que se falar em herança jacente se o *de cuius* deixou herdeiros.

Tecendo comentários ao art. 1.790, IV, do Código Civil, Nelson Nery Júnior¹⁵⁸ expôs o seguinte entendimento:

“Não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis. O CC 1790, *caput*, sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790 *caput*, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos: a) a CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cuius* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à *totalidade da herança* (CC 1790 IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar do rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.”.

Portanto, nosso entendimento é no sentido de que não havendo herdeiros necessários, o companheiro receberá integralmente o acervo deixado pelo falecido.

¹⁵⁸ NERY JR., Nelson. *Ob. cit.*, p. 966.

CAP. III – DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

3.1 – INTRODUÇÃO

Inicialmente, não há como tecer considerações acerca das relações de parentesco sem antes tecer linhas gerais sobre a família.

A constituição familiar é o ápice da sociabilidade do ser humano. Não há como imaginar o homem vivendo à margem das demais pessoas que compõem a população de sua cidade, estado ou país.

A família, em todas as épocas, influenciada por poderosa mística - os elementos morais e religiosos estão sempre presentes - aparece como a base de sustentação da sociedade. Sua forma de constituição é que varia ao longo do tempo e espaço.

Atualmente se entende por *família* o núcleo que se funda no matrimônio de seu líder, legitimando seus descendentes a sucederem-no após seu falecimento.

Beviláqua¹⁵⁹ já salientava que o termo “família” para o Direito romano significava o conjunto de pessoas e um acervo de bens. Ato contínuo ressaltava que, “no Direito moderno, a família seria o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações.”¹⁶⁰

Ressalvadas as reformas sociais, políticas e econômicas sofridas por nossa sociedade e, após o advento da CF/88, a concepção romana da família perdeu seu sentido etnológico de grupo de pessoas que vivem sob o mesmo teto, com economia comum, adotando um significado mais amplo, o qual abarcava todas as pessoas que possuíssem ascendência e descendência comuns, reunidas por laços consangüíneos ou afetivos, englobando, ainda, os parentes colaterais até determinado grau.

¹⁵⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*, p. 16.

¹⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. Ob. cit., p. 16.

A família, à luz da doutrina de Orlando Gomes, pode ser compreendida com base em três critérios, conforme podemos depreender:

“Pelo *critério sucessoral* a família constitui grupo formado pelos cônjuges e parentes próximos. Determina a lei que uns sucedem aos outros, no pressuposto de que se acham unidos pelo vínculo familiar. Compreenderia, nestas condições, todos os parentes em linha reta, inclusive os afins e os colaterais até o quarto grau.

Pelo *critério da legitimidade*, a família é o grupo composto pelo marido, mulher e filhos, fundado no *casamento*. É indisputável que a lei estrutura a família legítima, mas não se pode desconhecer a existência, a seu lado, da *família natural*, ainda sem seus traços. Dizer-se que não constitui *juridicamente* família é ignorar que a própria lei lhe atribui efeitos jurídicos, como agregado social, posto limitados.

(...).

Pelo *critério da autoridade*, distingue-se esse pequeno grupo social de pessoas unidas pelos laços de parentesco e vida comum por estar subordinado à mesma direção. A autoridade do chefe de família, a que se submetem a mulher e os filhos menores, constituiria o traço característico, sob o ponto de vista jurídico, do grupo que comanda.”

Para Jean Hauser e Danièle Huet-Weiller¹⁶¹,

“Il serait alors concevable, abandonnant toute référence biologique, de se tourner vers une définition plus psycho-sociologique. La famille serait l'ensemble des personnes unies par un 'vécu' commun, voire par une affection commune. Si cette dimension ne peut être négligée, si elle est sans doute, comme on le verra, plus importante à notre époque qu'à d'autres, elle ne constitue pas, pour autant, un critère indiscutable. La famille survit, partiellement au moins, à l'absence de 'vécu' et elle n'a pas, par ailleurs, le monopole de l'affection. Peut-être faut-il alors être plus modeste et se contenter de constater que la famille est un groupe d'individus qui reconnaissent entre eux des liens moraux et matériels engageant mutuellement leurs personnes et leurs patrimoines, sans limitation de durée.”

Portanto, a família é a mais elementar e mais natural das sociedades humanas¹⁶², podendo ser considerada uma *instituição-coisa* - conceito que a torna vívida, assim como outras instituições mais vastas, como o Estado e a Igreja - e como uma *instituição-pessoa*, compreendendo as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção.¹⁶³

¹⁶¹ HAUSER, Jean, HUET-WEILLER, Daniele. *Traité de droit civil – La famille: foundation et vie de la famille*, p. 3.

¹⁶² ROSA, Alcides. *Ob. cit.*, p. 59.

¹⁶³ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, pp. 9-11.

Suas regras são, em maioria, de ordem pública e insuscetível de serem preteridas por vontade de particulares, haja vista o interesse e dever do Estado em protegê-la, daí a afirmação de o Direito de Família possui as raízes fincadas no Direito Público.

Nosso intuito não é discorrer sobre a família e suas características, mas sim expor singelas linhas sobre sua forma de constituição e características. Certo é que a família se forma por vínculos – também denominados de *parentesco* –, os quais são por demais importantes para dirimir os legitimados para a sucessão.

Nosso conceito é que o *parentesco* é o *laço que une determinadas pessoas unindo-as como família*.

Esse *parentesco* é dividido como: **a)** natural; **b)** civil; **c)** por adoção; **d)** espiritual; e **e)** pelo afeto (sendo este o tema central de nosso estudo).

Trataremos sobre estes, tecendo considerações doutrinárias e, quando possível, jurisprudenciais. Destarte para o parentesco afetivo, onde exporemos nossa posição e entendimento para sua formação e caracterização.

3.2 – LINHAS E GRAUS DE PARENTESCO

Antes de iniciarmos nossa análise sobre os tipos de parentesco, entendemos ser pertinente comentar a respeito das linhas e graus de parentesco.

Todas as pessoas que se vinculam por uma mesma fonte/origem, possuem uma *linha de parentesco*, que pode se dividir em *linha de parentesco reta/direta* e *linha de parentesco colateral/transversal*.

A primeira delas, a linha de parentesco reta/direta, elencada no art. 1.591 do Código Civil, é aquela que se configura sempre quando as pessoas possuem ligação direta com seus ancestrais ou descendentes, não havendo aqui duas linhas, mas tão somente uma, eis que trata-se de *uma linha reta*, pouco importando a direção da mesma.

É uma *linha* que se calcula por grau, refletindo as gerações de determinada família, ou seja, determina os parentes e sua proximidade uns com os outros (primeiro grau, segundo grau, etc.). É considerada linha de parentesco infinita.

Esta linha também servirá como referência para a contagem dos parentes do adotado em relação à família do adotante, bem como balizará a contagem dos afins entre um cônjuge e os parentes do outro.¹⁶⁴

Depreende-se do art. 1.592 do Código Civil que o parentesco colateral ou transversal é aquele em que as pessoas são oriundas de uma mesma fonte/origem, mas não são descendentes uma da outra.

A linha de parentesco colateral/transversal é aquela em que as pessoas estão ligadas até o quarto grau¹⁶⁵, possuindo apreciável relação de solidariedade e afeição, entendendo-se, outrossim, que os parentes além do quarto grau se encontram em considerável distância que não se pode esperar uma situação mais sólida nas relações jurídicas.

Na linha de parentesco colateral/transversal as pessoas que estão ligadas por uma mesma fonte/origem vêm do mesmo número de grau, estes são chamados de *iguais*, ao passo que se se está em distâncias diferentes, são chamados de *desiguais*. De forma simples e clara, Fachin¹⁶⁶ nos diz que:

“Possui duas classificações: a) igual e desigual; e b) simples e dúplice. A primeira refere-se à igualdade ou desigualdade de gerações entre os parentes em relação ao seu ancestral comum, e a segunda liga-se à existência de duplicidade de parentesco de um em relação ao outro, como ocorre entre irmãos que se casam com irmãs. A relevância desses graus para o Direito varia conforme a situação em questão, quer para efeitos sucessórios, quer como impedimento para depor como testemunha, quer para efeitos de impedimentos matrimoniais, ou ainda para o dever de alimentos.”

Feitas as colocações acima sobre as linhas de parentesco, falaremos dos graus de parentesco.

¹⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil, vol. xviii – Do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco*, p. 13.

¹⁶⁵ O texto de Código Civil revogado em seu art. 331 estendia o parentesco até o sexto grau, o que não foi mantido no atual texto de Código Civil.

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Ob. cit.*, p. 15.

Quando se fala em indicação de alguém a outro mais próximo, dentro de uma mesma série, ou havendo uma distância entre eles, dentro de uma linha de parentesco, temos o que se denomina grau.

Grau é a distância que vai de uma geração a outra. Conta-se o parentesco pelo grau. Conhecem-se dois sistemas de contagem: a *computatio civilis* e a *computatio canonica*. O primeiro determina a contagem por uma das seguintes regras: *tot sunt gradus quot generationes* ou *tot sunt gradus quot personae, dempto stipite*.¹⁶⁷

Com a finalidade de delinear a parentalidade, o grau de parentesco está amplamente ligado com as linhas de parentesco. Orlando Gomes¹⁶⁸ com extrema maestria nos diz que:

“Na *linha reta*, o grau de parentesco conta-se pelo número de gerações. Geração é a relação existente entre o genitor e o gerado. Contando-se pela geração, *tot sunt gradus quot generationes*, há entre o pai e o filho um grau, entre o avô e o neto dois, entre o bisavô e o bisneto três. Contando-se pelo número das pessoas que se encontram na linha, *tot sunt gradus quot personae*, tira-se o tronco da segunda fero e, por isso, o avô e o neto são parentes em segundo grau, chegando-se, em suma, ao mesmo resultado da contagem por gerações. Por esse sistema, são três as pessoas, mas não se conta o cabeça da estirpe.

Na *linha colateral*, o grau de parentesco também se conta pelo número de gerações ou de pessoas. Pelo critério da geração, sobe-se de um dos parentes até o tronco comum e se desce até encontrar o outro. Assim, os *primos* são parentes colaterais de *quarto grau*, porque são quatro as gerações, de um deles para o pai, do pai para o avô – *escala ascendente* –, do avô ao tio, irmão do pai, do tio a seu filho – *escala descendente*. São cinco, entretanto, as pessoas: ele, o pai, o avô, o tio e o primo, mas não se conta o avô, alcançando, assim, igual resultado.”.

Isto posto, analisaremos os tipos de parentescos, trazendo nossos entendimentos, posições doutrinárias e, sempre que possível entendimento dos tribunais.

3.3 – DOS TIPOS DE PARENTESCO

O atual texto de Código Civil trouxe no Livro IV, Título I, Cap. XI, Subtítulo II, Cap. I, regras gerais sobre as formas e os tipos de parentesco, tratadas nos arts. 1.591, 1.592, 1.593, 1.594 e 1.595.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, p. 300.

¹⁶⁸ *Idem. ibidem.*

Totalmente contrário ao projeto de Código Civil de Teixeira de Freitas, posteriormente adaptado por Dalmacio Vélez Sársfield, o qual resultou no Ordenamento Civil argentino, nosso atual texto de Código não tratou da matéria de maneira minuciosa como o de nossos vizinhos.

Discorrendo sobre o tema *parentesco*, Guillermo A. Borda diz que o Código Civil argentino “ha legislado sobre el parentesco con minuciosidad sin duda excesiva, incluyendo conceptos que más bien son propios de una obra doctrinaria que de una ley.”¹⁶⁹

O parentesco, na atual concepção do direito positivado, reveste-se de importância ao delinear os grupos familiares e os possíveis herdeiros de um titular de bens/direitos/obrigações deixadas com sua morte.

Tomando por base o art. 1.593 do atual texto de Código Civil, temos que o parentesco se define por: **a)** consangüinidade; **b)** civil (aqui dentro não se pode deixar de observar as regras da adoção); e **c)** “outra origem”.

Cada uma das formas de parentesco será comentada, entretanto, se dada mais relevo àquele chamado de “*outra origem*”.

3.3.1 – Por consangüinidade

O parentesco por consangüinidade é aquele que decorre da ligação de pessoas que provêm de um mesmo grupo/núcleo familiar. O elo que os une é o sangue, ou seja, são provenientes de uma mesma fonte/origem.

No dizer de San Tiago Dantas, “(...) relações de parentesco são de natureza muito diversa; podem consistir no fato de todos os parentes descenderem de um antepassado comum, sendo o caso típico do parentesco consangüíneo.”¹⁷⁰

¹⁶⁹ BORDA, Guillermo A. *Ob. cit.*, p. 17.

¹⁷⁰ DANTAS, San Tiago. *Ob. cit.*, p. 319.

O parentesco por consangüinidade é aquele que surge de um elo estabelecido pela ancestralidade, nos casos de gerações (contagem de parentesco pela linha reta/direta) ou por ter os vinculados um ascendente comum (contagem de parentesco pela linha colateral/transversal).

Creemos que não existem dúvidas acerca do parentesco por consangüinidade. De certo, o cômputo deste se dará pelos meios já tratados (graus e linhas).

Propositalmente não falamos acerca da antiga subdivisão do parentesco por consangüinidade, a saber, legítimo e ilegítimo, haja vista que com o advento do Texto Constitucional de 1988, em seu art. 227, § 6º, ficou vedado qualquer tipo de designação discriminatória sobre a filiação.

3.3.2 – Civil - Por adoção

Seguindo o art. 1.593 do Código Civil, ao lado do parentesco natural (consangüíneo) há o parentesco civil, o qual é gênero e a adoção é a espécie.

Nomeado pelo legislador de parentesco civil (CC, art. 1.593), por oposição ao parentesco natural, sendo aquele estabelecido por uma sentença judicial, criando o vínculo entre pessoas absolutamente estranhas, denominadas adotante e adotado, atribuindo a este a condição plena de filho (CF, art. 227, § 6º; CC, art. 1.626), desligando-o de qualquer vínculo com seus parentes de sangue, ressalvados os impedimentos a novos relacionamentos.¹⁷¹

A adoção, portanto, tem vínculo idêntico à filiação natural, retratado no brocado latim “*adoptio naturam imitatur*” (adoção imita a natureza), sendo essa uma ficção jurídica. Na sua essência, a adoção busca dar a alguém a convivência em um núcleo familiar.

As condições e requisitos para a plena validade e eficácia da adoção estão estabelecidas nos arts. 1.618 ao 1.629 do Código Civil. A integração da família com

¹⁷¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental* (in PEREIRA, Rodrigo da Cunha – Coord. – *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*), p. 665.

seu novo membro vem tratada no art. 1.626, § único do Código. Comentando este dispositivo, Fachin¹⁷² diz que:

“Trata-se de adoção de efetiva inserção do adotado em uma nova família, em condição de igualdade com os eventuais filhos consangüíneos do adotante. Com efeito, não se estabelece distinção entre os filhos adotivos e os consangüíneos no que tange à adoção plena.

A dissolução dos vínculos anteriores implica a impossibilidade de se legitimar qualquer intervenção dos pais consangüíneos na criação e na educação do adotado. Tal circunstância atende, por certo, o melhor interesse da criança, buscando assegurar-lhe uma convivência familiar saudável, mitigado ou prevenindo conflitos.”.

A adoção gera efeitos de ordem pessoal e ordem patrimonial. Para nós, neste momento, interessa mais o primeiro. Os efeitos de ordem pessoal da adoção são: **a)** parentesco; **b)** poder familiar; e **c)** nome. Restringiremos-nos no tocante ao parentesco.

Entendemos que o parentesco é o principal efeito e característica da adoção, retratando uma integração da família adotante com o adotado, onde este passa a ter direitos e deveres idênticos aos filhos naturais do casal, refletindo a regra do já mencionado art. 227, § 6º da CF/88.

De certo que para sua plena eficácia, a adoção deverá ser declarada por sentença transitada em julgado ou no caso da adoção pós-morte, tratada no art. 42, § 3º do ECA e no art. 1.628 do Código Civil. Essa última se dá quando a adoção não se completou em virtude do falecimento do adotante.

Sem prejuízo para o adotado, “*os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito.*” (art. 1.628).

A jurisprudência¹⁷³ é uníssona, conforme podemos depreender:

“ADOÇÃO PÓSTUMA. PROVA INEQUÍVOCA. O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO NA CERTIDÃO DE BATISMO, A QUE SE CONJUGAM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA, DEMONSTRA A INEQUÍVOCA INTENÇÃO DE ADOTAR,

¹⁷² FACHIN, Luiz Edson. *Ob. cit.*, p. 201.

¹⁷³ Julgados extraídos dos sites: www.stj.gov.br; www.tj.pb.gov.br; e www.tj.sp.gov.br. Acessos em 16 de julho de 2007.

O QUE PODE SER DECLARADO AINDA QUE AO TEMPO DA MORTE NÃO TENHA TIDO INÍCIO O PROCEDIMENTO PARA A FORMALIZAÇÃO DA ADOÇÃO. Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. - Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA. - Recurso conhecido e provido. (STJ; RESP 457635; PB; Quarta Turma; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Julg. 19/11/2002; DJU 17/03/2003; pág. 00238);

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VONTADE EXPRESSA DA ADOTANTE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. APELO. PROVIMENTO. A adoção deverá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença, em respeito a sua última vontade. Se não há prejuízo para o menor, ao contrário, apresenta-se como vantajosa a adoção, não há razão para sua negativa. Apelo provido. (TJPB; AC 1996.004295-1; João Pessoa; Segunda Câmara Cível; Rel. Juiz João Antônio de Moura; Julg. 18/08/1997; DJPB 12/09/1997);

MENOR. ADOÇÃO PÓSTUMA. Ausência de inequívoca manifestação de vontade do adotante no curso de procedimento. Improcedência do pedido. Sentença mantida. (TJSP; AC 30.608-0; Guarulhos; Câmara Especial; Rel. Des. Luis de Macedo; Julg. 18/07/1996);

1. PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO DE ADVOGADO. MÚLTIPLOS PATRONOS. Se a parte está representada nos autos por diversos advogados e inexistente especificação quanto ao responsável pelas intimações, para a validade dessas basta que a intimação seja feita em nome de qualquer deles, indistintamente. 2. ADOÇÃO PÓSTUMA. Ausência de procedimento instaurado pelo falecido. Sentença. Efeitos ex tunc. Impossibilidade. A sentença de adoção, em regra, produz efeitos ex nunc, salvo na hipótese de adoção póstuma, em que os seus efeitos são ex tunc; mas, nesse caso, exige-se que tenha havido manifestação inequívoca do falecido, no curso do procedimento, antes de proferida a sentença. (TJPB; AC 2001.008245-7; Uiraúna; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Antônio Elias de Queiroga; Julg. 18/03/2002; DJPB 27/03/2002).”.

Este efeito pessoal da adoção é reforçado pelo seu caráter de irrevogabilidade. Ainda que nosso Código Civil não venha a tratá-la de maneira clara, não se pode deixar de interpretar a irrevogabilidade da adoção (tratada no art. 48 do ECA) c/c art. 1.626 daquele, que assim dispõe: *“a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos (...).”*

Não nos cumpre neste estudo, discorrer sobre todas as características e requisitos da adoção. Entretanto, para adentrarmos no tema de nosso trabalho, não havia como deixar de tecer estas singelas linhas acerca da *paternidade civil*.

3.3.3 – Espiritual e Afinidade

Estranho em nosso mundo jurídico, o *parentesco espiritual* – reconhecido pelo Direito Canônico – é aquele em que há vínculo entre os padrinhos, afilhados e os compadres, sendo este fruto do Batismo ou da Crisma.

Pelas regras de Direito Canônico, este vínculo criava impedimentos matrimoniais entre aqueles que possuíam alguma das relações acima descritas.

Não tendo nenhuma influência ou tratativa em nosso ordenamento civil, citamos tal relação de parentesco apenas para uma elucidação de que há outro vínculo além dos que são tratados pelo nosso atual texto de Código Civil.

No que diz respeito ao parentesco por afinidade, este é trazido no art. 1.595 e seus respectivos §§, de onde extraímos que “*cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade*”. É, portanto, criação legal (ficção de parentesco).

Para Pontes de Miranda¹⁷⁴,

“*Afinidade*, ou aliança, é o laço que une cada um dos cônjuges aos parentes do outro, ou vice-versa; ou parentes da pessoa à que teve com ela relações sexuais ou vice-versa (afinidade que se dizia ‘ilegítima’). Trata-se, pois, de ficção do direito, ficção que tem por fim estabelecer, entre cada um dos cônjuges e os parentes do outro, relações de parentesco condignas da íntima significação do casamento e demais uniões sexuais. (...)”.

Mas tal relacionamento limita-se entre o cônjuge ou companheiro e os parentes de seu consorte. Não há qualquer extensão de relação parental de afinidade entre os afins de um cônjuge ou companheiro e os afins do outro consorte. Não se relacionam, *v.g.*, por qualquer ordem de afinidade, os irmãos do marido com os irmãos de sua mulher. A afinidade restringe-se, quanto aos irmãos do marido à sua mulher, e quanto aos irmãos desta ao seu marido.¹⁷⁵

Observa-se a lição de Maria Helena Diniz¹⁷⁶:

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, tomo 9, p. 39.

¹⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, p. 400.

¹⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 426.

“A afinidade é um vínculo pessoal, portanto os afins de um cônjuge, ou convivente, não são afins entre si; logo, não há afinidade entre concunhados; igualmente, não estão unidos por afinidade os parentes de um cônjuge ou convivente e os parentes do outro. Se houver um segundo matrimônio, os afins do primeiro casamento não se tornam afins do cônjuge tomado em segundas núpcias.”.

Ainda que haja dissolução de um matrimônio (por divórcio ou morte), aqueles que se vincularam como *afins* não deixam de ter tal característica, sendo vedado, portanto, o casamento de um ex-genro com sua ex-sogra, p. ex. Tal regra retrata o disposto no art. 1.595, § 2º.

Não existem impedimentos para casarem-se os cunhados, uma vez que o parentesco por afinidade na linha colateral se extingue com a morte do cônjuge ou companheiro. Não se está diante de um impedido de ordem legal, mas, sim, de cunho moral.

3.3.4 – Pelo afeto – A família afetiva – O afeto como formador de família

Inicialmente traremos considerações doutrinárias e jurisprudenciais para ao final expormos nosso entendimento sobre o aspecto afetivo atinente ao Direito de Família sem adentrarmos no campo sucessório, haja vista que este (cerne de nosso trabalho) será devidamente analisado em capítulo próprio.

Não há como deixar de discorrer algumas linhas sobre a família. De certo que não iremos tecer todo o traço histórico da entidade familiar, nos restringindo apenas ao período pós-independência de nosso país.

Ficamos por muito tempo sujeitos às regras de Portugal (nossa pátria descobridora), regras essas que não se limitavam ao âmbito jurídico, mas também ao religioso e social.

A pátria portuguesa sempre teve uma forte ligação com o catolicismo (religião esta que é a oficial naquela república), iniciada com Santa Inquisição (séc. XIII) e aperfeiçoada com o tempo, vindo a Igreja, posteriormente, a exercer papel de forte influência na constituição do Estado e na vida de seus cidadãos. Foi o período em que o Estado era chamado de Laico.

Descobertos que fomos no ano de 1500, todos os costumes e tradições portuguesas passaram a fazer parte do cotidiano brasileiro, dentre eles as leis e as imposições sacras advindas daquele Estado-Laico. Ressalte-se que, como já frisamos no capítulo 1 (na origem e história do Direito das Sucessões), a seqüência das Ordenações do Reino em nosso país foram: I – Ordenações Affonsinas (ano 1446); II – Ordenações Manuelinas (1512); e III – Ordenações Filipinas (1603).

Quando da proclamação da independência brasileira, no ano de 1822, estavam vigentes, em nosso país, as Ordenações Filipinas.

Estivemos por muito tempo acobertados por uma realidade européia, que veio a traçar pontos diversos em nossa história: os senhores de engenho, a prática da escravidão, a vida em verdadeiros feudos e um rigor social/moral nas famílias.

Levaram-se anos para que Teixeira de Freitas aceitasse a incumbência de consolidar as leis civis que eram aplicadas em nosso país, bem como apresentar um projeto de Código Civil para o então Reino do Brasil.

Esse jurista teve seu contrato cancelado após apresentar uma prévia de seu projeto, o qual era extremamente avançado para sua época, trazendo em seu bojo termos como *função social da propriedade e da família*.

O contexto social daquela época não permitia que algumas situações por nós experimentadas hoje viessem a ser implementadas. Não há como imaginar famílias se separando, mães solteiras, uniões homo-afetivas e igualdade entre os cônjuges. Tal fato pode ser mais bem observado de maneira mais detalhada na brilhante obra de Orlando Gomes “*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*”.

Mesmo com a vigência do Código Civil de 1916, cujo projeto foi elaborado por Clovis Bevilacqua, não houve nenhuma mudança substancial na realidade da família brasileira, sendo esta um núcleo onde o homem exercia o poder absoluto do controle e comando da casa, devendo a mulher e filhos prestar-lhe obediência e imensurável respeito.

Claro que com o passar dos anos a sociedade veio a sofrer transformações em várias esferas, não ficando a família alheia a isso. A conquista das mulheres ao direito ao voto e direito ao trabalho foram os grandes marcos de uma sociedade que sempre foi machista e feudalista.

O divisor de águas se deu com o início da vigência do texto constitucional de 05 de outubro de 1988. A igualdade entre os cônjuges, liberdades e garantias à mulher, até então inimagináveis, vieram a ser elevadas à condição de cláusulas pétreas. Daí o dizer de alguns doutrinadores: o Direito de Família é a parte do Direito Civil (direito privado) mais público em nosso contexto jurídico.

A proteção à família e suas formas de constituição e reconhecimento passaram a ter na CF/88 linhas gerais, devendo o texto civil se adequar a tais modificações. A família oriunda do casamento e da união estável (que passou a ser reconhecida como formadora de núcleo familiar) teve tratativa constitucional.

Jamais perderemos de vista a diferenciação própria que o constituinte procurou dar a cada espécie familiar. Contudo, é inegável que todas as espécies de família são faces de uma mesma realidade. A mudança reclamada pela sociedade não ocorreu de maneira separada para cada uma delas, ao contrário, as diversas maneiras pelas quais homens, mulheres e filhos desenvolviam seus laços afetivos faziam parte de uma mesma realidade, cercada por características comuns que não suportavam mais a estrutura patriarcal enraizada nos setores conservadores de nossa sociedade e prevista numa legislação que estava em completa desarmonia com a realidade nacional.¹⁷⁷

Assim como as famílias mudaram, os núcleos familiares também sofreram alterações em sua estrutura e composição. A família composta por diversos membros começou a perder força ao longo dos anos, bem como aquela formada apenas por filhos legítimos, seja por imposição legal, seja porque os núcleos familiares passaram a valorizar um fator imprescindível para sua formação: o amor, o afeto!

¹⁷⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 229.

Não há como negar que a nova tendência da família moderna é a sua composição baseada na afetividade. Sabemos que legislador não tem como criar ou impor a afetividade como regra *erga omnes*, pois esta surge pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos.

A afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.¹⁷⁸

Daí se entender que com essa situação estamos diante do que Borda¹⁷⁹ chamou de *estado de família*, que se resume na posição que uma pessoa ocupa dentro de um núcleo familiar.

Este estado de família mencionado pelo civilista argentino é, para nós, a família lastreada na cooperação, respeito, cuidado, amizade, carinho, afinidade, atenção recíproca entre todos os seus membros.

Inegável é que o afeto encontra-se presente nas relações familiares tradicionais, sendo caracterizadas no tratamento/relação mútuo entre os cônjuges e destes para com seus filhos, que se vinculam não só pelo sangue, mas por amor e carinho.

Nesse contexto, vale citar a denominada “*adoção à brasileira*, aquela em que a paternidade não prescinde de vínculo biológico, encontrando guarida no art. 1.593 do Código Civil, quando dispõe que o parentesco pode resultar de “*outra origem*”.

Mas para que reste configurada esta formação familiar, imprescindível se faz que alguns pontos sejam elucidados, dentre os quais: **a)** o *estado de filiação*; **b)** a *posse do estado de filho*; e **c)** a *valoração do afeto como valor jurídico e formador de núcleo familiar*, os quais passaram a ser analisados em seguida.

a) estado de filiação:

¹⁷⁸ Idem, p. 233.

¹⁷⁹ BORDA, Guillermo A. *Ob. cit.*, p. 22.

Três são os tipos de parentesco existentes no atual Código Civil: consangüinidade, civil e afinidade. Entretanto, com o advento da Carta Constitucional de 1988, preconizou-se em seu art. 227 que este estado de filiação caracterizado pelo “filho” e aquele que assumiu todos os deveres/obrigações oriundos da paternidade, é o mais puro elemento exigido para a configuração dessas “relações de parentesco”.

Para nós, seria a proteção criada pela doutrina e que passa a ter força nos Fóruns e Tribunais do brocado popular “*pai é aquele que cria*”.

Esta foi, sem dúvida, uma tentativa de proteger um direito subjetivo desse filho. Nesse sentido, dizia Rudolf Von Ihering que a luta por um direito subjetivo:

“É provocada quando o direito é lesado ou usurpado. Não estando direito algum ao abrigo deste perigo, nem o dos indivíduos, nem o dos povos, – porque o interesse de qualquer em o defender choca-se sempre com o interesse de outro em o desprezar – resulta que esta luta se apresenta em todas as esferas do direito, tanto nas baixas regiões do direito privado como também nas eminências do direito público e do direito internacional.”¹⁸⁰

Parece-nos que os Tribunais de Justiça atentaram para os ensinamentos do aludido mestre. Hoje é possível encontrarmos julgados que reconhecem esse “*estado de filho*”, impondo ao pai afetivo, inclusive, obrigação de cunho alimentar.¹⁸¹

Ressalta-se que o estado de filiação, aqui referido, é o estado de filiação sócio-afetiva.

¹⁸⁰ VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*, p. 12.

¹⁸¹ Como depreendemos do recente julgado abaixo, extraído do site: www.tj.rj.gov.br (acessado em 18 de julho de 2007): ALIMENTOS DEVIDOS A FILHO MAIOR. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE QUE, ASSIM, DEVE SER COMPROVADA, JUNTAMENTE COM A POSSIBILIDADE DOS PAIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE AO FILHO, MESMO MAIOR E CAPAZ, BUSCAR PENSIONAMENTO ALIMENTAR DE SEUS PAIS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.695 DO CÓDIGO CIVIL, 229 E 1º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CARACTERIZAR OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. O INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO CARACTERIZA VEDAÇÃO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO O QUE NÃO É ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OS PRINCÍPIOS DA AFETIVIDADE E DA SOLIDARIEDADE ENCONTRAM RESPALDO CONSTITUCIONAL E ÉTICO E DEVEM PERMEAR A CONDUTA E AS DECISÕES DA MAGISTRATURA MODERNA E ATENTA À REALIDADE DO MUNDO ATUAL. (PROC. N. 2006.001.51839 – APELAÇÃO CÍVEL – REL. JDS. DES. MAURO NICOLAU JUNIOR – JULGAMENTO: 30/01/2007 – ÓRGÃO JULGADOR: 12ª CÂMARA CÍVEL).”

Negar que atualmente as relações baseadas no afeto e carinho são menos importantes do que as consangüíneas é um erro. A filiação biológica não está mais em pé de superioridade, uma vez que a criação do filho afetivo surge por circunstâncias alheias à imposição legal/natural que a paternidade impõe.

Diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁸²:

“Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filhos e pais – ou entre o filho e apenas um deles –, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles: *‘melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo’*.”.

Os precedentes históricos para a configuração desta filiação nos trazem o brocado *“pater is est quem nuptiae demonstrant”*, oriunda do direito romano, onde o pai poderia aceitar ou repudiar o filho, configurando, desta feita, toda a situação de poder exercida pelo pai sobre a família.

Esse estado de filiação possui caracteres de cunho interno e externo. O primeiro se dá com os traços de indivisibilidade, indisponibilidade (pois diz respeito à personalidade) e imprescritibilidade (não se perde pelo não exercício), ao passo que o cunho externo se dá nos moldes de pessoalidade, generalidade e revestido de ordem pública.

O estado é uno e indivisível, pelo fato de uma mesma pessoa não poder adquirir, ao mesmo tempo, vários *status* de uma mesma categoria. Por exemplo, não é possível ser solteiro e casado ao mesmo tempo.¹⁸³

Comungamos do entendimento de que o *estado de filiação* é uma ficção/criação jurídica, a qual tem o escopo de proteger o núcleo familiar, na medida que presume ser filho aquele que assim se mostra para a sociedade, ainda que não possua laço de sangue com seu “pai”.

¹⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação – o biodireito e as relações parentais*, pp. 482-483.

¹⁸³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade – aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação*, p. 34.

Para Pietro Perlingieri¹⁸⁴

“(...) o *status*, em primeiro lugar, não é considerado como a posição do indivíduo no agregado, antes como uma consequência do fato de que o indivíduo pertence ao grupo, e, em segundo lugar, os estados pessoais não são mais somente dois (*civitatis* e *familiae*), mas podem ser muitos e de variadas importâncias, ‘de acordo com o alcance das relações jurídicas que a eles se relacionam’.”.

Vale citar os seguintes julgados¹⁸⁵:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. **O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar.** Para anulação do registro civil, deve ser demonstrado um dos vícios do ato jurídico ou, ainda mesmo, a ausência da relação de sócio-afetividade. Registro mantido no caso concreto. APELO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível Nº. 70018217638, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 19/04/2007);

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES. A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - **O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.** - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrares, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem

¹⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*, p. 133.

¹⁸⁵ Extraídos dos sites: www.tj.rs.gov.br e www.stj.gov.br, respectivamente. Acessos em 18 de julho de 2007.

pautar as decisões. Recurso Especial provido. (STJ; REsp 833.712; Proc. 2006/0070609-4; RS; Terceira Turma; Rel^a Min. Fátima Nancy Andrichi; Julg. 17/05/2007; DJU 04/06/2007; Pág. 347).”.

Portanto, “o *status de filho* é um direito garantido à pessoa, porquanto a ordem jurídica vale-se de presunções legais, reconhecimentos voluntários ou até mesmo imposições através de sentenças judiciais, com o fito de fornecer uma identidade familiar àquele que não a detém de modo integral.”.¹⁸⁶

b) posse do estado de filho:

Se tomarmos base o conceito genérico de *posse*, encontraremos na doutrina e nos pronunciamentos dos tribunais, que esta é a exteriorização de um domínio (propriedade).

Claro está que não pode esse conceito de posse ser restrito apenas ao Direito das Coisas, para determinar quem é ou não possuidor de determinada coisa/bem, devendo, também, ser estendido a outros ramos do Direito.

No atual contexto da família, influenciada diretamente pelos preceitos constitucionais, novos conceitos se insurgiram (filiação sócio-afetiva/posse do estado de filho), os quais refletem, tão somente, as novas tendências no que diz respeito às relações de parentesco.

Sempre houve em nosso direito certa animosidade entre a paternidade/filiação biológica e a paternidade/filiação sócio-afetiva, tendo a primeira maior favorecimento; entretanto, nos últimos anos a segunda modalidade passou a ser objeto de estudo e atenção por parte dos doutrinadores e dos tribunais.

Se nos restringirmos apenas à paternidade/filiação biológica, poderemos vislumbrar que o filho possui uma condição de titularidade em relação a seus pais e estes à prole, ou seja, a sociedade vê aquele como filho destes.

¹⁸⁶ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Ob. cit.*, p. 40.

O afeto exerce no atual contexto brasileiro um papel muito importante, delineando as relações familiares e os novos paradigmas da filiação. Desta feita, temos que a *posse do estado de filho* é um requisito essencial à caracterização da paternidade/filiação sócio-afetiva, traduzida na aparência/demonstração de um estado de filho, chamada, portanto, de *estado de filho de afeto*.

Essa noção de posse de estado não é um conceito novo no mundo jurídico, seu surgimento nos remonta ao direito romano, onde existiam o *status civitatis*, o *status libertatis* e o *status familiae*, em que este último dizia respeito à condição/atribuição que alguém possuía dentro de uma família.

De certo que a noção de estado de família e, conseqüentemente, a de filho e de pai/mãe, veio se aperfeiçoando com o passar dos séculos.

Atualmente, é o afeto que traça e cria os laços familiares, sendo este semeado e acalentado com o dia-a-dia. Fachin¹⁸⁷ afirma que:

“A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho e tratamento, quem em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade.”.

Essa idéia de posse de estado de filho vem crescendo muito no mundo acadêmico e também nos tribunais, revelando que a paternidade/filiação não se restringe ao fator biológico ou à presunção legal, mas, também, abrange o convívio diário e os elementos que surgem desse convívio.

A posse do estado de filho se configura sempre que alguém age como se fosse o filho e outrem como se fosse o pai, pouco importando a existência de laço biológico entre eles. É a confirmação do parentesco/filiação sócio-afetiva, pois não há nada mais significativo do que ser tratado como filho no seio do núcleo familiar e ser reconhecido como tal pela sociedade, o mesmo acontecendo com aquele que exerce a função de pai.

A posse de estado de filho, nada mais é, do que a prática de reiterados atos dos núcleos familiares, diante de uma íntima e longa relação de afeto, cuidado, preocupação e outros sentimentos que surgem com o carinho.

Deixar essas situações (paternidade/filiação sócio-afetiva) sem impor certas condições pode fazer com que sua finalidade se perca. Somos do entendimento que os elementos identificadores da família se estendem ao filho afetivo, a saber: **i)** apelido da família; **ii)** trato (sendo no núcleo familiar ou não); e **iii)** fama.

Giuseppe Lumia¹⁸⁸ dizia que “(...) o papel do direito como estrutura da ação social é o de regular as relações intrasubjetivas. (...). Relações jurídicas são somente as relações intrasubjetivas (ou seja, as relações que se travam entre dois ou mais sujeitos) regulados por normas pertencentes ao ordenamento jurídico.”

Ora, se o papel do direito é regular relações pertencentes ao ordenamento jurídico, dúvidas não pairam, portanto, no que diz respeito à paternidade/filiação sócio-afetiva, vez que o atual texto de Código Civil traz no bojo de seu art. 1.593 a possibilidade de se aceitar esta realidade.

Talvez a redação do mencionado art. não seja a mais adequada, haja vista que a expressão “outra origem” não reflete esta idéia de maneira acintosa. Cremos que poderia haver uma alteração no texto deste art., criando um parágrafo único neste art. Para nós, *data vênia*, poderia ser:

Art. 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade.
Parágrafo único: As relações sócio-afetivas, quando devidamente comprovadas, geram vínculos de parentesco.

Dúvidas não pairam sobre o estado de filiação, que é inerente ao ser humano e de cunho afetivo, nascendo no seio da família, ainda que seja pelo laço de sangue. Entretanto, a filiação biológica não exerce mais uma prevalência sobre a filiação afetiva, também configurada pela adoção, inseminação artificial e, claro, a posse do estado de filho.

¹⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Ob. cit.*, p. 25.

¹⁸⁸ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 99.

Essa situação já é uma realidade nos Tribunais de Justiça do Brasil¹⁸⁹, como depreendemos de recentes julgados:

“FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE. No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. A apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de “filho de criação” não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato. APELO DESPROVIDO. (TJRS; AC 70007016710; Bagé; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Rui Portanova; Julg. 13/11/2003)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. REGISTRO DE NASCIMENTO. Sendo imprescritível a ação investigatória de paternidade, o simples fato de alguém haver sido registrado por outrem, que não seja o pai biológico, não pode impedir a livre investigação da verdade real. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. **A convivência, durante muitos anos, da investigante com seu pai registral, marido de sua mãe, faz presumir a posse do estado de filho, a ensejar o reconhecimento da filiação socioafetiva, o que impede a alteração do vínculo jurídico que retrata essa realidade.** Agravo retido acolhido em parte. Apelação provida em parte, por maioria. (TJRS; AC 70005458484; Porto Alegre; Sétima Câmara Cível; Rel^a Des^a Maria Berenice Dias; Julg. 19/02/2003)

ALIMENTOS DEVIDOS A FILHO MAIOR. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE QUE, ASSIM, DEVE SER COMPROVADA, JUNTAMENTE COM A POSSIBILIDADE DOS PAIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE AO FILHO, MESMO MAIOR E CAPAZ, BUSCAR PENSIONAMENTO ALIMENTAR DE SEUS PAIS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1. 695 DO CÓDIGO CIVIL, 229 E 1º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CARACTERIZAR OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. O INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO CARACTERIZA VEDAÇÃO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO O QUE NÃO É ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo atual.** (TJRJ; AC 2006.001.51839; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Conv. Mauro Nicolau Junior; Julg. 30/01/2007).”.

Nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal houve também uma importante elucidação da matéria. Na I Jornada de Direito Civil¹⁹⁰, foi aprovado o Enunciado nº. 103, o qual possui a seguinte redação:

“103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”.

¹⁸⁹ Julgados extraídos do site: www.tj.rs.gov.br. Acessos em 18 de julho de 2007.

¹⁹⁰ Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>.

No mesmo evento, foi aprovado também o texto do Enunciado nº. 108¹⁹¹, estabelecendo que:

“108 – Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva.”.

Nesse contexto, o Enunciado mais importante foi aquele aprovado sob o nº. 256, da III Jornada de Direito Civil¹⁹², tendo o seguinte texto:

“256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”.

O fundamento basilar da *posse do estado de filho* nasce com a convivência das relações entre pais e filho, ou seja, o afeto que vem a se impor para configurar o exercício das funções e obrigações oriundas da paternidade.

Perlingieri¹⁹³ pontifica que:

“Do título constitutivo do *status* distingui-se a posse de estado que é, segundo as hipóteses, elemento sanante dos defeitos de forma de título de estado e prova legal do fato do qual depende o nascimento do estado pessoal civil: assim, a filiação pode ser provada com a posse continuada deduzida de uma série de fatos, tipicamente indicados pela lei; (...).”.

Essa *posse do estado de filho* pode ser tida, portanto, como um ponto de suplementação no nosso sistema, partindo-se da presunção de paternidade/filiação, se aplicando através do brocardo *pater is est (...)*, haja vista que a exacerbada proteção às famílias oriundas do matrimônio deixa de lado situações fáticas que são de grande importância no atual contexto do Direito de Família brasileiro.

Vale citar o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁹⁴:

“NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ADOÇÃO À BRASILEIRA – CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA – TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PROCEDÊNCIA – DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>.

¹⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.*, p. 137.

¹⁹⁴ www.tj.pr.gov.br.

Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. **A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana**, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado” (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família. DJ 04/02/2002, Relator Accácio Cambi).”.

A nova realidade da família brasileira, surgida com a CF/88, trouxe ao núcleo familiar determinadas funções, como a de possibilitar aos seus membros uma vida com dignidade, com a criação de seus próprios dogmas, sua moral, sua ética, sua consciência política e religiosa, em respeito à ordem pública e aos ditames legais.

O Direito de Família retrata um imenso universo de batalhas, seja para dissolver os núcleos familiares, seja para consolidar e constituir mecanismos a fim de atender as expectativas sociais e dos indivíduos, respeitando-se os mais profundos valores da dignidade da pessoa humana.

Não vemos com maus olhos a “função social da família”, haja vista que esta é considerada *célula-mater* da sociedade, devendo atingir o fim que não prescinde de expressa cominação legal.

Se realmente o Direito é sempre um fenômeno social e intrínseco ao âmago da ordem social, como leciona Ascensão¹⁹⁵, porque então esperar a normatização da função social da família?

O texto do Código Civil de 2002 já abre uma lacuna para a caracterização dessa posse de estado de filho, retratando a função social do Direito de Família, em especial do núcleo familiar. Seria violação clara à dignidade da pessoa humana qualquer vedação ao reconhecimento dessa paternidade/filiação sócio-afetiva.

¹⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*, p. 56.

A Carta Constitucional de 1988 trouxe um novo tratamento jurídico às relações de família, buscando aplicar suas regras no centro fundamental do Direito de Família (a própria família), com o escopo de protegê-la, visando seu fim social com decência, dignidade e amor.

c) *valoração do afeto como valor jurídico e formador de núcleo familiar:*

A atual tendência do Direito de Família é a de que buscar e zelar pela alegria, amor e respeito mútuos no ambiente familiar.

A partir disso, parte-se da seguinte premissa: deixar de reconhecer paternidade/filiação fundada no amor, no afeto, no carinho, na preocupação, no querer bem e na demonstração mais simples e bela que um ser humano pode ter por seu semelhante, é justo? Seria razoável? Seria atender aos ditames constitucionais de “bem-estar”, “igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” que se funda em “harmonia social” trazidos no Preâmbulo de nossa Constituição Federal?

Parece-nos que não. Se o mesmo texto constitucional dispõe em seu art. 3º, I que nossa República tem como **objetivo fundamental** *promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, o não reconhecimento de AMOR, do AFETO como formador da família e da relação de parentalidade é ir de encontro com as bases constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito.

Este reconhecimento só iria trazer benefícios às situações fáticas que se alongam no tempo. Tratar os filhos que igualmente são amados, respeitados e queridos no meio familiar seria uma justiça social e uma confirmação de uma responsabilidade social.

Se o Direito de Família é o ramo do Direito Civil que mais influências sofre do Direito Constitucional, porque quando da confecção do atual texto de Código Civil não foram observadas tais ponderações?

Creemos que quando um homem e uma mulher, de livre e espontânea vontade resolvem acolher em seu lar uma criança e tratá-la como um filho de sangue, configura-se uma relação de maturidade e evolução do ser humano em seu meio social. O filho que porventura fora renegado/abandonado/desprezado por seus genitores não pode ser privado de ter no amor o reconhecimento de um núcleo familiar, de uma situação que lhe traga dignidade e respeito perante a sociedade.

Não nos limitamos apenas nas situações comuns e nos noticiários de nosso país, em que, infelizmente, se tornou comum ver pais abandonando crianças, mas, sim, no caso da *adoção à brasileira* dentro de uma mesma família (sentido *lato*), como no exemplo de sobrinhos terem o carinho, amor, respeito e afetividade de seus tios, e estes o tratarem como verdadeiro filho.

Restringir as relações de parentesco apenas às modalidades de consangüinidade, civil e afinidade não nos parece ser a proposta do atual Direito brasileiro, no que diz respeito às esferas Constitucional e de Família.

Os pais e filhos não são unidos apenas por laços de sangue, mas também por amor, carinho, afetividade, respeito, cuidados e sentimentos de prosperidade, uma vez que a responsabilidade e função desses verdadeiros *pais afetivos* são assaz importantes. Nada os vincula ou os obriga à criação e ao desenvolvimento do amor por esses *filhos*, mas apenas o fazem por ser esta uma vontade que surge do afeto, do amor.

Essa *verdade sócio-afetiva* não é menos importante do que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas, também, na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e à família.¹⁹⁶

Poderia, então, haver uma melhoria nas legislações infraconstitucionais (em especial no atual texto de Código Civil) no sentido de adequá-las à atual realidade social, ao conceito contemporâneo de família, onde pouco importa se um filho é ou

¹⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Ob. cit.*, p. 29

não biológico, colocando de forma expressa na lei o que a doutrina e jurisprudência já pacificaram: não há verdade biológica absoluta.¹⁹⁷

O tão mencionado AMOR já se encontra presente em algumas recentes decisões¹⁹⁸, como observamos abaixo:

“EMENTA: APELACAO. ADOCAO. **ESTANDO A CRIANCA NO CONVIVIO DO CASAL ADOTANTE HA MAIS DE 9 ANOS, JA TENDO COM ELES DESENVOLVIDO VINCULOS AFETIVOS E SOCIAIS, E INCONCEBIVEL RETIRARLA DA GUARDA DAQUELES QUE RECONHECE COMO PAIS, MORMENTE QUANDO OS PAIS BIOLOGICOS DEMONSTRARAM POR ELA TOTAL DESINTERESSE. EVIDENCIADO QUE O VINCULO AFETIVO DA CRIANCA, A ESTA ALTURA DA VIDA, ENCONTRA-SE BEM DEFINIDO NA PESSOA DOS APELADOS, DEVE-SE PRESTIGIAR A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A PATERNIDADE BIOLOGICA, SEMPRE QUE, NO CONFLITO ENTRE AMBAS, ASSIM APONTAR O SUPERIOR INTERESSE NA CRIANCA.** DESPROVERAM O APELO. UNANIME. (Apelação Cível Nº. 70003110574, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/11/2001);

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDA POR IRMÃOS DO FALECIDO PAI. **NO CONFLITO ENTRE A VERDADE BIOLOGICA E A VERDADE SOCIOAFETIVA, DEVE ESTA PREVALECER, SEMPRE QUE RESULTAR DA ESPONTANEA MATERIALIZACAO DA POSSE DE ESTADO DE FILHO. O FALECIDO PAI DO DEMANDADO REGISTROU-O, DE MODO LIVRE, COMO FILHO, DANDO-LHE, ENQUANTO VIVEU, TAL TRATAMENTO, SOANDO ATE MESMO IMORAL A PRETENSÃO DOS IRMÃOS DELE (TIOS DO REU) DE, APOS SEU FALECIMENTO, E FLAGRANTEMENTE VISANDO APENAS MESQUINHOS INTERESSES PATRIMONIAIS, PRETENDER DESCONSTITUIR TAL VINCULO.** DESACOLHERAM OS EMBARGOS. (8 FLS). (SEGREDO DE JUSTICA). (Embargos Infringentes Nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/10/2002).”.

Portanto, sendo este (o amor) um elemento já presente no seio das famílias, não há como negar sua existência como elemento caracterizador das entidades familiares.

¹⁹⁷ Como no caso do seguinte julgado: “ALIMENTOS DEVIDOS A FILHO MAIOR. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE QUE, ASSIM, DEVE SER COMPROVADA, JUNTAMENTE COM A POSSIBILIDADE DOS PAIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE AO FILHO, MESMO MAIOR E CAPAZ, BUSCAR PENSIONAMENTO ALIMENTAR DE SEUS PAIS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1. 695 DO CÓDIGO CIVIL, 229 E 1º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CARACTERIZAR OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. O INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO CARACTERIZA VEDAÇÃO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO O QUE NÃO É ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo atual.** (TJRJ; AC 2006.001.51839; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Conv. Mauro Nicolau Junior; Julg. 30/01/2007).”. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em 18 de julho de 2007.

¹⁹⁸ Extraídos do site: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 18 de julho de 2007.

CAP. IV – AS NOVAS TENDÊNCIAS DA FAMÍLIA E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO SUCESSÓRIO

4.1 – INTRODUÇÃO

Desde o momento de sua promulgação, o Texto Constitucional de 1988 foi, certamente, um grande divisor de águas do cenário econômico, social, político e jurídico de nosso país. No atual cenário jurídico e, em especial, no Direito Civil, inegável são as dimensões de tais mudanças. É possível encontrarmos nos incisos XXII, XXIII, XXX e XXXI, todos do art. 5º da CF/88, regras que tocam de maneira mais clara o campo do Direito Civil. Inegável, ainda, toda a proteção que a Família veio a ter, conforme se denota dos arts. 226 ao 230, do aludido Diploma legal.

De certo que as regras do Direito de Família são de cunho público, ou seja, são normas de direito privado que são guiadas por princípios de direito público, daí alguns se referirem ao Direito de Família como a área mais publicizada do Direito Civil.

Claro que a família em si teve toda uma nova leitura de seus fundamentos com o promulgação da Constituição Federal de 1988, cujas normas de operabilidade são ditadas pelo atual texto de Código Civil e pelo Código de Processo Civil.

Não estamos defendendo a constitucionalização do direito civil (até mesmo porque não é essa a finalidade de nosso estudo), tampouco nos insurgir com os princípios de cunho mais flexível que o atual texto de Código Civil possui. Assim, não há como vermos a família com as mesmas características e moldes outrora conhecidos pelo Direito nacional.

A idéia de Estado Liberal e a autonomia total do Direito Civil (Privado) veio a sofrer limitações com a Carta Política de 1988, bem como com os novos princípios norteadores do atual texto de Código.

Com as mudanças e flexibilizações sofridas pelo Direito Privado surge a seguinte indagação: não estaria também a família em constante processo de mudança?

A resposta é positiva, vez que a família é tida hoje como uma entidade mutante, estando sempre em evolução/modificação no que diz respeito a seus conceitos e finalidades. Indubitável é o entendimento de que não podemos passar por cima das regras fundamentais (constitucionais), mas não temos como conter tais mudanças.

Nessa nova era para a família, nas entidades familiares e no próprio Direito de Família, surge uma nova visão/roupagem, preponderando não mais o conceito/idéia de *grupo de pessoas que se unem com a finalidade de reprodução/perpetuação da espécie*, mas, sim, sentimentos e sentidos reais que devem nortear todo núcleo familiar, a saber: **a)** consideração e companheirismo; **b)** cuidado; **c)** preocupação; e, claro **d)** afeto/amor.

No texto de Código Civil de 1916, os modelos de famílias refletiam uma sociedade com pensamentos e realidade totalmente distintas.

Apesar da solidariedade sempre ser um dos fundamentos da família, não se cogitava existir toda a gama de proteção a direitos que hoje são tidos como imprescindíveis (p. ex.: dignidade da pessoa humana, proteção à família, crianças, adolescentes, idosos, etc.).

É inegável que a família tem uma função a ser cumprida perante a sociedade.

As modificações sofridas no âmbito jurídico de nosso país vêm, em nosso sentir, para regulamentar e proteger situações fáticas que, em muitas vezes, já são admitidas por doutrina e jurisprudência.

Como não vivemos num mundo onde dogmas são intocáveis e intransigíveis, não podemos negar que a família, hoje, não é composta apenas por aqueles consangüineamente vinculados (parentesco natural) ou por disposição legal (parentesco civil), mas, também, por uma nova modalidade que veio, muito timidamente, a constar do art. 1.593 do Código Civil.

Ora, se as regras para delimitar os sucessíveis de um falecido são, nos casos de sucessão *ab intestato*, aquelas condizentes ao Direito de Família (Livro IV do atual texto de Código Civil), em especial à parte referente ao parentesco, não há como negar o Direito de Herança do *filho afetivo*.

No atual contexto do Direito brasileiro, despende-se atenção especial o Direito de Família, o que não nos permite interpretar os ditames infraconstitucionais de forma isolada das normas trazidas na Carta Política, tendo como móvel/motor os princípios de isonomia entre os filhos de um casal, abarcado pelos princípios constitucionais, como, por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Se não existem mais tratamentos diversos para os filhos, pouco importando a sua origem, seja biológica ou civil, porque deixar de fora dessa tratativa os filhos afetivos?

A origem biológica dos filhos vem sofrendo progressiva relativização no tocante a seu *status* de formação da família, não sendo impossível, portanto, que os filhos afetivos venham a receber proteção jurídica para uma situação, que aos olhos de toda uma sociedade é consolidada e duradoura.

Para nós, nada seria mais comum, mais humano e mais justo. De certo que a configuração dessa situação fática de *filho afetivo* prescinde de requisitos, os quais já foram analisados no Capítulo anterior. Dessa forma, tem-se que a situação fática para a configuração dessa *filiação* tem como base a *posse*: a posse do estado de filho.

A função de pai e de mãe, na atual conjuntura da família, parece caminhar mais para o lado do afeto do que para o lado da biologia, guarnecida pelos princípios que ensejaram e norteiam nossa Constituição Federal: liberdade, igualdade e afetividade!

Obviamente que o reconhecimento da existência de uma filiação sem um elo biológico traz uma clara noção de que a relação paterno-filial está dividida em duas figuras: aquele que gerou e aquele que cria.

Há uma tendência, neste momento, em pender para o lado daquele “pai” que realmente se empenha, cria, ama, educa, praticando todos os atos, direitos e deveres que são oriundos da paternidade, mas com um grande diferencial: aqui não há imposição legal, mas, sim, livre e espontânea vontade. Em outras palavras: há afeto.

Hodiernamente é possível encontrar doutrinas especializadas que são favoráveis à superar esse exagero acerca da origem biológica dos filhos, até mesmo quando existe a recusa por parte de um suposto pai em submeter-se ao exame de DNA.

Acompanhamos o entendimento de que a Súmula de nº. 301¹⁹⁹, editada pelo STJ, merece sofrer algumas críticas, pois, mesmo estando latente a busca pela superação desta imposição, o dia-a-dia forense sentirá sua força.

Assim, necessária se faz uma maior proteção e solidificação das relações sócio-afetivas, baseadas no amor, carinho, cuidado e demais sentimentos, buscando atender o melhor interesse da criança, da família e, ainda, a tão almejada justiça social.

Negar tais relações seria, sem sobra de dúvidas, valorizar em demasia as relações de parentesco fundadas no laço de sangue em claro detrimento às sócio-afetivas.

Não só o núcleo familiar, mas todas as relações e aspectos regulamentados pelo Direito de Família, não podem mais serem vistos e analisados como eram no início do século passado, quando entrou em vigência o texto de Código Civil elaborado por Bevilacqua.

O texto de 1916 foi um marco do liberalismo e individualismo que rondavam e guiavam a sociedade brasileira naquele momento. Tudo girava em torno do patrimônio. A liberdade de contratação, a não interveniência do Estado nas relações privadas, o absolutismo da propriedade privada e o modelo patriarcal de família são alguns exemplos que podemos citar. Parece-nos que os ideais levantados pela

¹⁹⁹ Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”.

Revolução Francesa foram levados à risca tanto por Clovis Bevilacqua quanto pelo legislador da época.

Se houveram mudanças no Direito de Família, será que este não implica conseqüências em outras áreas do Direito? A resposta, com toda certeza, é positiva.

O Direito de Família caminha de braços dados com outra área e sofre reflexos diretos de grande parte (ou integralmente) das mudanças ali sofridas, a saber: o Direito das Sucessões.

Não conseguimos vislumbrar o Direito das Sucessões de forma independente e totalmente desvinculada do Direito de Família, já que as regras básicas e gerais para a sucessão oriundam-se das relações familiares e de conceitos pré-estabelecidos pelo Direito de Família.

Desta feita, se as relações de parentesco são determinantes para estabelecer linhas gerais e nos induzir, num primeiro, sobre quem são os filhos e, portanto, herdeiros do *de cuius*, não estaríamos então diante de uma nova perspectiva? Acredita-se que sim.

Como as relações de parentesco, tratadas no art. 1.593 do atual texto de Código Civil, nos abre uma lacuna para o reconhecimento de outro tipo de relação, de certo que tal relação imbricará em conseqüências no campo das sucessões, como discorreremos a seguir.

4.2– SUCESSÃO PELA AFETIVIDADE – A VALORIZAÇÃO DO AFETO ENTRE OS MEMBROS DA FAMÍLIA

4.2.1 – Introdução

Tendo seus pontos fixados na Constituição Federal e suas regras específicas no atual texto do Código Civil, o Direito das Sucessões acompanha, ainda que de

maneira reflexa, todos os movimentos e alterações desencadeados pelo Direito de Família.

No Capítulo anterior restou demonstrada a nova tendência do Direito de Família contemporâneo: a família formada exclusivamente pelo afeto, ou seja, o afeto como formador do vínculo familiar e da relação de parentesco.

Ainda que alguns venham a entender que a família e suas formas de constituição estão enumeradas num rol taxativo (*numerus clausus*), nos filiamos àqueles que entendem que, em matéria de Direito de Família, não há verdade absoluta ou imutabilidade em relação as situações jurídicas pré-estabelecidas ou pré-codificadas.

Antes a família tinha uma proteção extrema e absoluta, voltada apenas para uma proteção interna, cujo objetivo da norma jurídica era tão somente dar guarida ao núcleo familiar, deixando de lado os membros que a compunham. Claro está que tal visão caiu por terra.

A atual temática da família transcende tais conceitos e visões outrora condizentes com as situações experimentadas pela sociedade, mas que não são mais comportadas (ou suportadas) pelas diversas classes sociais que compõem a nossa nação.

O protecionismo da família era visto de maneira imediata, e, hodiernamente, se dá de forma mediata, tendo essa imediaticidade se transferido para os membros da família. Se tanta ênfase é dada aos Direitos Humanos e à Dignidade da Pessoa Humana, parece-nos que não há outra saída senão a proteção dos entes familiares.

É possível encontrarmos diversos julgados dos mais diversos Tribunais de Justiça de nosso país, do Oiapoque ao Chuí, abordando o tema da *afetividade* de forma clara e explícita, sendo considerado como um formador do núcleo familiar, chegando, inclusive, a obrigar os afetivamente ligados à prestarem alimentos uns aos outros.

Ora, se o princípio da afetividade tem como primado atender, não só os ditames constitucionais, mas, também, as questões sociais (sociológicas/psicológicas) e morais, não se negar-lhe sua importância nas questões de cunho patrimonial (sucessão).

A afetividade é construção cultural que se dá na convivência, revelando-se num ambiente de solidariedade e responsabilidade, sem interesses materiais, que, apenas, emergem quando o sentimento se extingue.

Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real, podendo ser assim traduzido: onde houver uma relação, ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.²⁰⁰

A afetividade resume e expressa, portanto, toda a dignidade que o Direito Constitucional buscou dar aos entes de uma família, devendo ser observada, ainda que linhas gerais, pelas leis (códigos) infraconstitucionais.

A de garantir a dignidade da família cabe a todos os entes sujeitos de deveres (Estado, família e sociedade), tendo como objetivo intrínseco da natureza familiar o reconhecimento do afeto.

O debate quanto à natureza da pessoa – no sentido de distingui-la da coisa – é bastante antigo na civilização humana e, com a evolução dos tempos, solidificou-se a moralidade universal de que a pessoa é dotada de dignidade, atributo que a distingue das coisas, daí a ausência de ser valorada patrimonialmente, o que se verifica, em sentido contrário, relativamente às coisas.²⁰¹

É claro que não se pode falar em violação dos direitos que permeiam o Direito de Família, não sendo possível, falar em apenas uma única geração de direitos fundamentais, mas, sim, em várias: **a)** primeira geração – alberga os direitos de

²⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas* in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família "Família e Cidadania – O Novo CCB e a vacatio legis"* – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos, tendo como titular o indivíduo, oponíveis em face do Estado, podendo ser vistos como faculdades ou atributos da pessoa humana, exibindo uma subjetividade que é seu marco principal; **b)** segunda geração – é composta pelos direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, estando presentes em todos os ordenamentos políticos dos Estados, sendo diretrizes/programas que devem ser cumpridos, refletindo, assim, seu pragmatismo; **c)** terceira geração – nesta são abarcados o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio e o direito de comunicação.

Não se fazer uma separação entre as mudanças que o Direito Constitucional trouxe à família e, porque não, ao Direito de Família e, por reflexo, ao Direito das Sucessões.

Essas linhas introdutórias servem para esclarecer a problemática proposta por este trabalho: Pode haver sucessão *ab intestato* por parte dos filhos sócio-afetivos?

4.2.2 – Posição legal

Através de uma simples leitura do atual Código Civil, se depreende que o legislador cometeu, em nosso sentir, uma grande confusão, o que explicaremos a seguir.

As regras de vocação hereditária têm suas linhas delimitadas pelo Livro do Direito de Família. Os chamados à delação nos casos estabelecidos pelos incisos I, II, III e IV do art. 1.829 do atual texto de Código são traçadas pelas normas atinentes às relações de parentesco, isto é:

- I - Os descendentes são todos os filhos (lembrando-se que com o advento da Carta Política de 1988 não há mais a diferenciação entre filhos espúrios e não espúrios), não importando se de origem biológica ou civil;
- II - Os ascendentes são, por igual modo, consangüíneo ou civil;

²⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Ob. cit.*, p. 126.

III – o cônjuge por vínculo matrimonial passa a ser herdeiro até em concorrência com as duas classes acima, observado o regime de bens;

IV – colaterais, que se estendem até o quarto grau.

Surge, então a seguinte dúvida: as regras de parentesco bastam para delimitar os vocacionados, como pôde o Código prever que o parentesco tem origem natural (consangüínea) ou civil e, ainda, outra origem (para nós é evidente a origem do parentesco sócio-afetivo) e não reconhecer este quando do art. 1.829?

Parece que a imprecisão técnica do legislador veio a causar, no atual contexto dos Direitos, uma grande dúvida, já que o atual Código Civil não faz menção ao parentesco sócio-afetivo como ensejador de direitos sucessórios.

4.2.3 – Nosso entendimento

Como dito alhures, a sucessão, decorrente apenas de vínculo sócio-afetivo, não é tratada em nosso ordenamento jurídico atual. Entretanto, entendemos que não há uma vedação legal para tanto, mas, tão somente, uma mera omissão. A questão pode (e deve) ser resolvida com cuidados e grande atenção por parte dos aplicadores do Direito.

Tomando por base a máxima “*o que não é proibido é permitido*”, pode-se chegar ao entendimento de que, como não há uma vedação por parte do Código, abre-se uma lacuna para que a doutrina e a jurisprudência venham a consolidar o tema de uma vez por todas.

Não podemos nos chafurdar em questões pequenas, meramente patrimoniais. O deferimento de direitos sucessórios aos filhos sócio-afetivos reflete, sem dúvidas, cunho sucessório, mas, também, social, moral e eqüitativo.

Como não há distinção entre filhos, como bem diz a CF/88, porque restringir os filhos sócio-afetivos de participar da delação? Seria justo? Seria moralmente correto? De certo que não!

Se são quatro as formas de filiação sócio-afetiva (adoção; filho de criação; adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade/maternidade), casos em que é edificado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), na forma do art. 226, parágrafos 4º e 7º, art. 227, *caput* e parágrafo 6º, da Constituição da República, e artigos 1.593,1.596,1.597, inciso V, 1.603 e 1.605, inciso II, todos do atual Código Civil, cuja declaração de vontade torna-se irrevogável, salvo erro ou falsidade do registro de nascimento, na forma do art. 1604 do texto Civil de 2002, todas elas devem ser reconhecidas quando da abertura da sucessão.

Os filhos possuem direitos e dignidade próprias, guardando, desde os primórdios da civilização, a idéia de que a espécie humana e o nome de determinada família não será extinto, tornando-se, portanto, meio para divulgação daquele culto familiar.

Num momento em que a reprodução da espécie deixa de ser prioridade dos novos casais e o aumento com o descaso para com os menores (inclusive por parte de seus pais biológicos) se tornou tão comum, não é justo que uma criança seja, após a morte do titular de bens/direitos/obrigações, privada de receber de seu “verdadeiro” pai sua quota hereditária.

Já foi exposto que o verdadeiro pai não é aquele que gera, mas sim aquele que arca com as responsabilidades e sustento de uma criança, tratando-o como filho interna e externamente.

De certo que esta mudança/inação, já bem mais aceita no campo do Direito de Família, não pode estar ali restrita, sendo pacífico o entendimento de que sua extensão ao Direito Sucessório é curso natural do mundo jurídico.

Ihering²⁰² bem antes do presente tema sequer ser suscitado já nos dava uma luz quando afirmava que:

“(...) a realidade, a força prática das regras do direito privado revela-se na defesa dos direitos concretos, e se por um lado esses últimos recebem a vida da lei, por outro lado restituem-lha por sua vez. A relação entre o direito objetivo ou abstrato com os

²⁰² VON IHERING, Rudolf. *Ob. cit.*, p. 46.

direitos subjetivos ou concretos lembra a circulação do sangue, cuja corrente parte do coração para ali voltar.”.

As relações de parentesco fundadas no vínculo sócio-afetivo não seriam essa força prática do direito privado? Sua defesa não se encontra na expressão “ou outra origem” mencionada na parte final do art. 1.593 do atual texto de Código?

Para nós as respostas são todas afirmativas.

Se o legislador aceita que o parentesco é formado pelo afeto, porque o afeto não pode ser bastante para garantir herança a alguém?

Até quando devemos ficar restritos ao tecnicismo exacerbado, deixando com que claras e evidentes situações, permeadas e alimentadas por uma coletividade dia após dia, fiquem sem proteção jurídica? Para nós não mais!

Em matéria de direito privado há igualmente uma luta contra a injustiça, uma luta comum a toda a nação, onde todos devem ficar firmemente unidos.²⁰³

Tal luta deve, no presente caso, atender aos fins precípuos do Direito: a Justiça! Como se falar em justiça e devida aplicação do Direito se um “filho” fica privado de ser agraciado por meio de sucessão *ab intestato* após provas diversas de sua condição de filho, de seu tratamento social e familiar?

Propomos então, uma alteração em dois dispositivos do atual texto de Código Civil, a saber: **a)** art. 1.593; e **b)** 1.829, I, os quais poderiam ter a seguir redação:

“Art. 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade.
Parágrafo único: As relações sócio-afetivas, quando devidamente comprovadas, geram vínculos de parentesco.”;

“Art. 1.829: (...).

²⁰³ Idem, p. 47.

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Os filhos sócio-afetivos descritos no parágrafo único do art. 1.593 encontram-se legitimados para figurar como herdeiros após prova produzida em processo competente.”.

Temos que tais alterações seriam o bastante para garantir a justiça, nos casos em que houver filhos biológicos e filhos sócio-afetivos, estabelecendo uma condição de igualdade no momento da *saisine*.

Se a sócio-afetividade é bastante para ensejar prestação alimentícia²⁰⁴ (conforme jurisprudência de alguns Tribunais de Justiça), comungamos também do

²⁰⁴ Foi noticiado no meio eletrônico a seguinte matéria de procedência do TJRJ: “Uma mulher maior de idade e auxiliar de enfermagem ganhou na Justiça do Rio o direito de pedir pensão alimentícia aos seus pais biológicos e ao seu pai afetivo. A decisão é da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio. A autora entrou com recurso contra sentença da 7ª Vara de Família desfavorável a um pedido de pensão alimentar contra seus pais biológicos e seu pai afetivo. Ela alegou que mora nos Estados Unidos com seu marido e seu filho, americano, e que, em viagem ao Brasil, teve seu retorno vedado por causa de um processo ajuizado pelos avós da criança, que pleiteiam sua guarda. A auxiliar de enfermagem alegou a necessidade de receber auxílio alimentar porque, em função do processo movido pelos seus pais, ela foi impedida de continuar no seu trabalho nos Estados Unidos. A juíza Simone Dalila Nacif Lopes, da 7ª Vara de Família, havia decretado a extinção do processo sem analisar o mérito, com o fundamento de que a autora já teria atingido a maioridade, não cursa qualquer faculdade e que não tem incapacidade física ou mental que a impossibilite de trabalhar. A magistrada afirmou ainda que um dos réus, o pai afetivo, não teria qualquer grau de parentesco, o que inviabilizaria o pedido. A auxiliar de enfermagem entrou, então, com recurso na 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio, que deu provimento ao pedido, reformando a sentença e determinando o prosseguimento do processo. Para o juiz Mauro Nicolau Junior, desembargador convocado em exercício na 13ª Câmara Cível e relator do recurso, a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido foi prematuro, não dando à autora a oportunidade de demonstrar e comprovar a necessidade. “O indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido caracteriza vedação de acesso ao Poder Judiciário, o que não é admitido pela Constituição Federal”, disse. Ele ressaltou, ainda, a existência da paternidade sócioafetiva. “Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo atual”, afirmou o relator. Segundo ele, “nos tempos atuais de ‘sacralização do DNA’, reconhece-se a aptidão da ciência de identificar a origem genética dos indivíduos, que, infelizmente, não assegura a construção de laços sólidos de solidariedade e responsabilidade, caracterizadores da relação entre pai e filho” completou.”. Eis a ementa: 2006.001.51839 - APELAÇÃO CÍVEL - JDS. DES. MAURO NICOLAU JUNIOR - Julgamento: 30/01/2007 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL - ALIMENTOS DEVIDOS A FILHO MAIOR. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE QUE, ASSIM, DEVE SER COMPROVADA, JUNTAMENTE COM A POSSIBILIDADE DOS PAIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE AO FILHO, MESMO MAIOR E CAPAZ, BUSCAR PENSIONAMENTO ALIMENTAR DE SEUS PAIS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.695 DO CÓDIGO CIVIL, 229 E 1º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CARACTERIZAR OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.** O INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO CARACTERIZA VEDAÇÃO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO O QUE NÃO É ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OS

entendimento de que ela não seria estranha aos “avôs”. A aplicação desse entendimento seria a mesma já analisada e dispensada para o reconhecimento da filiação/paternidade sócio-afetiva.

Cediço é que a família deixou de ser formada apenas para reprodução e perpetuação da espécie.

Já nos idos de 1920, Léon Duguit trazia a baila a importância da Declaração dos Direitos de 1789 e o Código de Napoleão, expondo o entendimento de que se o direito é um estado perpétuo de transformações, se continuamente as instituições jurídicas estão sempre sendo elaboradas, porque limitá-las?²⁰⁵

Recrudescemos nossa posição por uma simples situação: não pairam dúvidas de que na parentalidade afetiva, consangüínea e civil, direitos e obrigações emergem de forma igualitária, tomando por base o que dispõe o texto Constitucional de 1988 quando trata de maneira isonômica os filhos, não importando a sua origem.

O laço de afeto (puro envolvimento emocional) que faz com que duas pessoas se cuidem e tratem como pai e filho gera não só responsabilidade para um deles, mas, sim a ambos, transcendendo, inclusive para o campo dos alimentos.

A paternidade/filiação sócio-afetiva se constitui por elos de amor, solidariedade, respeito e cuidado ao ser humano na mesma proporção (e em alguns casos até de forma mais acentuada) daquelas relações em que pessoas estão unidas umas às outras por laços meramente de sangue, decorrendo da união sangüínea, direitos e obrigações.²⁰⁶

PRINCÍPIOS DA AFETIVIDADE E DA SOLIDARIEDADE ENCONTRAM RESPALDO CONSTITUCIONAL E ÉTICO E DEVEM PERMEAR A CONDUTA E AS DECISÕES DA MAGISTRATURA MODERNA E ATENTA À REALIDADE DO MUNDO ATUAL. Disponível em: www.tj.rj.gov.br.

²⁰⁵ DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoleon*, p. 4: “(...), si le droit est ainsi en un état perpétuel de transformation, si continuellement des institutions juridiques nouvelles son en train de s’élaborer, pourquoi limiter ainsi le champ d’observation?”.

²⁰⁶ Pertinente é o seguinte julgado: “2005.002.17896 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA - Julgamento: 13/12/2005 - SEXTA CAMARA CIVEL - Processual civil. Agravo de instrumento interposto contra decisão que em ação de regulamentação de visitas proposta pelo agravante, reconsiderou decisão de fls. 299/301, que deferia o direito à visitação da criança. O magistrado assim decidiu tendo em vista sentença prolatada que julgou parcialmente procedente o

Entendemos, assim, que a regra estampada no art. 1.593 do atual texto de Código Civil já é uma realidade em nosso plano jurídico. O vínculo é de afeto, amor, carinho, cuidado, preocupação que se forma com o passar dos dias, não tendo nenhum caráter de obrigação/fardo.

Deixar de reconhecer essa realidade é punir a família, que está versada no amor e no afeto entre os seus entes.

Ora, se o afeto não pode mais ser ignorado pela legislação, como item na composição da família contemporânea, não há como, também, não vislumbrar que a relação sócio-afetiva enseja direitos sucessórios para o afetivamente vinculado. Para nós esses direitos e obrigações também tocam a herança de um pai que deixa filhos de sangue e filhos de afeto.

A filiação sócio-afetiva é uma realidade que permeia nossa comunidade. Aceitar as relações de parentesco e os direitos sucessórios dela decorrentes apenas por vínculos biológicos ou jurídicos é um erro. Como já dizia Rui Barbosa, “a verdadeira igualdade consiste em aquinhoar desigualmente seres desiguais”.

O jurista uruguaio Eduardo Couture em sua obra “Mandamentos do Advogado” já dizia que nosso dever é lutar pelo Direito, mas quando este se encontrar com a Justiça, lutaremos pela Justiça.²⁰⁷

pedido inicial em ação de reconhecimento de paternidade ajuizada por Leandro Marques da Silva, que declarou a nulidade do registro, determinando a exclusão dos nomes do agravante e dos avós do assentamento de nascimento da criança. Efeito suspensivo pleiteado parcialmente deferido. **Vislumbra-se que a criança deve ser encarada como pessoa em desenvolvimento, sendo de extrema importância o princípio do melhor interesse, veiculador da doutrina da proteção integral, que contém em seu bojo o princípio da paternidade socioafetiva. A criança deve ter prioridade na concretude da construção de sua personalidade. Esta fase demanda que seu bem estar seja alcançado a todo custo, mobilizando por isso, família, sociedade e estado para que se cumpra este objetivo.** O conjunto probatório é consistente a ensejar o deferimento da visitação provisória ao agravante, devendo a genitora propiciar ambiente favorável, assim como o Agravante não deve gerar ou estimular dúvida na criança acerca da paternidade. **Com efeito, a criança deve ser festejada por ser querida, sendo certo que o convívio com o agravante, no momento, demonstra-se adequado.** Recurso conhecido para dar parcial provimento para deferimento da visitação provisória, a qual deverá ser exercida semanalmente aos sábados ou domingos, como melhor convier à criança, no horário das 14:00 horas às 17:00 horas, a ser monitorada por pessoa da família.”.Disponível em: www.tj.rj.gov.br.

²⁰⁷ http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/408/1/Os_mandamentos_do_advogado.pdf.

Nossa visão aqui não é apenas de advogado, mas de jurista, de estudioso do Direito que não vê como deixar de lado uma tendência que tão logo começará a invadir os gabinetes nos Fóruns e Tribunais de Justiça.

A sucessão, como dissemos no início deste trabalho, é inerente à própria família e por isso não vemos como dissociar a delação para filhos exclusivamente biológicos ou civis e não reconhecê-la aos filhos sócio-afetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, a sucessão e as regras constitucionais que envolvem estas áreas, vêm sendo vistas como áreas mutantes. Talvez seja essa a mutação que nos seduziu para que debruçássemos nossa atenção para estudar e discorrer sobre ela, traçando linhas gerais sobre sua constituição e a noção que ela passa à sociedade atualmente.

Nossa intenção foi a de trazer reflexões sobre os pontos que entendemos pertinentes para que o tema fosse posto com clareza e coerência. Propositadamente, não discorremos sobre todas as características e aspectos de nenhuma dessas duas áreas do Direito Civil.

Apresentamos um tema assaz polêmico e novo que nos faz perceber que nossa atual legislação civil deve passar por mudanças em sua substância, para que equívocos deixados pelo legislador ,quando da confecção do atual texto do Código Civil, sejam superados.

Portanto, ao terminar nosso estudo, chegamos às seguintes conclusões:

- 1)** A relação sócio-afetiva (conhecida também como “adoção à brasileira”) necessita da existência de relação de afetividade, que o pai trate o filho como seu, sendo esta a relação reconhecida pela sociedade, não bastando que o filho use o nome do pai.
- 2)** O direito à identidade de filiação é indisponível, portanto imprescritível, a teor, inclusive, do artigo 1.606 do Código Civil. Não há como destoarmos os princípios que norteiam nossa Nação e servem de fundamento para nossa Carta Política do atual contexto social e jurídico de nosso país.
- 3)** As relações de família sofrem influência e proteção dos princípios e das regras constitucionais. Seus novos modos de constituição familiar passam a ser cada dia mais aceitáveis pela doutrina e decisão de juizes de primeira e segunda instância por todo o país.

4) As famílias formadas unicamente por relações de afeto, de amor, de carinho, traduzem, para toda a sociedade, a idéia de que certo ente familiar é filho e membro essencial à harmonia e felicidade da mesma. Essa família que se constitui sócio-afetivamente vêm sofrendo inúmeras injustiças, causadas por mero descuido ou inobservância por parte de alguns, principalmente no que se refere ao filho sócio-afetivo e à privação deste na participação na delação dos bens/direitos/obrigações de seu “pai” quando este vem a falecer.

5) Nosso atual texto de Código não faz menção à proibição deste reconhecimento de filiação, muito pelo contrário, deixa-nos uma brecha para que se reconheçam essas formas de constituição familiar.

6) Se são reconhecidas as famílias pelo afeto; se são reconhecidas filiações pelo afeto e essa hoje em dia já é motivo bastante para constituição de prestação alimentícia, por que não reconhecer direitos sucessórios para uma situação que se encontra plenamente formada, reconhecida e consolidada com o passar dos anos?

7) Não reconhecer essa realidade implicaria até mesmo em afronta a princípios constitucionais, às garantias trazidas ao Homem pela Carta de Direitos, aos Direitos Humanos e à Dignidade da Pessoa Humana.

No que diz respeito ao Direito das Sucessões, nos ativemos à modalidade denominada *ab intestato*, para aqui defender a posição do filho sócio-afetivo, uma vez que dúvidas não pairam sobre a possibilidade deste vir a ser agraciado por testamento.

Sabemos que nosso atual texto de Código Civil não é dos mais exatos e claros quanto às finalidades do autor do projeto original, todavia, entendemos que jamais pode deixar uma lei de se basear no justo, no Direito, visando o bem-estar social.

8) Nosso atual Código se fundou em princípios para sua formação, como por exemplo, o da eticidade, da função social, da primazia da realidade das situações jurídicas, etc.

São baseados nesses princípios que defendemos a sucessão *ab intestato* do filho sócio-afetivo, ressalvando que, para tanto, deverão ser observadas as condições que a comprovem.

Pensamos que não há mais como deixar de associar o atual contexto social com sua proteção legal. Estamos diante de situações que nos faz conjugar os Direitos Fundamentais de nossa República com o Direito de Família e Direito das Sucessões.

9) As evoluções que ocorreram desde a entrada em vigência do texto de Código Civil de 1916 até o atual, as transformações sofridas pelo direito privado, as influências que o direito público trouxe e traz à família e à sucessão não tratam apenas do aspecto patrimonial como conhecido por nós anteriormente.

A valorização da família e de seus membros reflete atendimento às questões que o próprio texto vigente de Código traz, a saber: **a)** direito da personalidade; **b)** direito a filiação; **c)** direito de ter uma família; e **d)** direito à sucessão.

Precisamos entender e acompanhar as transformações que nossa sociedade vem passando. Devemos estar compatíveis com a nova visão que a família tem.

10) Reconhecer as famílias sócio-afetivas (oriundas da *adoção à brasileira*) e por conseguinte, o direito à herança por parte de seus membros, nada mais é que a finalidade patrimonial a um reconhecimento social-legal-moral.

A gênese do Direito de Família e do Direito das Sucessões não está apenas tratada pela doutrina, jurisprudência e pela lei civil, mas também pela Constituição Federal, de onde depreendemos o redescobrimto da família e sua finalidade.

Igualdade no tratamento de seus membros pouco importando sua origem, bem como tratamento equitativo das formas de família e sua constituição, não podem ficar a mercê de caprichos legais, que são vistos como impeditivos para a realização jurídica de uma realidade social.

11) Como operadores e estudiosos do Direito, nos colocamos à disposição quando do início do presente trabalho para responder como poderiam ser procedidas as realizações sofridas na formação da família contemporânea e suas imbricações no campo sucessório.

De certo que muito ainda há de ser feito para um reconhecimento legal e, conseqüentemente, uma melhor proteção dos filhos sócio-afetivos, com o objetivo de que estes venham a ter tratamento isonômico quando da devolução da herança.

Esperamos que nossa contribuição desperte em estudiosos e aplicadores do Direito o seguinte posicionamento: que as novas tendências da família estão sempre impulsionando conseqüências de ordem social e patrimonial, estando certos que tais mudanças são e sempre serão constantes.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões: legítima – testamentária – inventários e partilhas**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil: parte geral**. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: RT, 2007. v.1.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

_____. **O direito: introdução e teoria geral**. 13. ed. refundida. Coimbra: Almedina, 2005.

AUBRY et RAU. **Cours de droit civil français – d’après la méthode de Zachariae**. Cinquième édition. Tome neuvième par M. Étienne Bartin. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1917.

BARREIRA, Dolor Uchoa. **Sucessão legítima**. Coleção Clóvis Beviláqua. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1967. v. 1.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 8. ed. actual. por Achiles Beviláqua. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1956. v. 6.

_____. **Direito de família**. 8. ed. Atual. pelo Des. Isaías Beviláqua. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

_____. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899.

BORDA, Guillermo A.; BORDA, Guillermo J. **Manual de familia**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. **Código civil**. 10. ed. atualizada até 11.01.2005. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático**. 13. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1988. v. 22.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. Direito de família e direito das sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1951. Vol III

_____. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Hidelbrando Dantas de Freitas. São Paulo: Max Limonad. v. 9, tomo 1.

_____. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e prof. Vicente Ráo. São Paulo: Max Limonad. v. 9, tomo 2.

_____. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Atualizada e aumentada por Acácio Rebouças e 1ª ed brasileira. São Paulo: Max Limonad. v.10, tomo I.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes . **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. Coordenador Everaldo Cambler. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade in** Direito das sucessões e o novo código civil. Coordenadores Giselda Maria

Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. e actual. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro**. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. de acordo com a constituição de 1988, rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). **Novo Código Civil Questões Controvertidas no direito de família e das sucessões**. Série Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2004. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. aum. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 20. ed. aum. atual. de acordo com o novo código civil e o projeto de lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoleon**. Deuxième édition revue. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920.

ESPANÉS, Luis Moiset. **La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad em el código de Vélez Sársfield** in Homenaje a Dalmácio Véléz Sársfield: bicentenario de su nacimiento (1800-2000). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000. vol. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil**: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco. 1. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 18.

_____. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Coordenador Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O código civil e o novo direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 2. ed. atual. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Sucessões**. 9. ed. atual por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel. **Principais controvérsias no novo código civil: textos apresentados no ii simpósio nacional de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRIMALDI, Michel. **Droit civil**: successions. Paris: Éditions Litec, 1989.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental** in Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro – anais do iv congresso brasileiro de direito de família. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Vocação hereditária e descendência**. Rio de Janeiro, 1958.

HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Danièle. **Traité de droit civil**: la famille. Paris: Librairie générale de droit et de Jurisprudence, 1993.

HEREDIA, C. López Beltrán de. **La preterición y la desherdación** in Derecho Civil (V) – Derecho de Sucesiones. Coordenador F. Capilla Roncero. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**, parte especial: do direito das sucessões. 2. ed. rev. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

_____. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões. 2. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. Coordenador Everaldo Cambler. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Direito das sucessões: introdução** in *Direito das sucessões e o novo código civil*. Coordenadores Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. rev. e atual. pelo autor com a colaboração de Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

KAUSS, Omar Gama Ben. **Manual de direito de família e sucessões**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Sucessões – exposição doutrinária desta parte do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1915.

LACRUZ, José Luis; ALBALADEJO, Manuel. **Tratado teórico-práctico de derecho civil: Derecho de sucesiones - parte general**. Barcelona: Libreria Bosch, 1961. vol. 1, tomo 5.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. 4. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 21.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas** in *Família e cidadania – o novo ccb e a vacatio legis: anais do iii congresso brasileiro de direito de família*. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. **La sucesión em general** in *Derecho Civil (V) – Derecho de Sucesiones*. Coordenador F. Capilla Roncero. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. **Curso avançado de direito civil: direito de família.** São Paulo: RT, 2002. v. 5.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** 1. ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil: regimes matrimoniaux, successions et libéralités.** Nouvelle licence. Quatrième année. Paris: Éditions Montchrestien, 1963. v. 4.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1942. v. 1.

MELLO, Cláudio Ari; et. al. **O novo código civil e a constituição.** Coordenador Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari).** Nona edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 1962. v. 6.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 6. ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1966.

_____. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 35. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

MUNCUNILL, Luis Roca-Sastre. **Derecho de sucesiones.** 2. edición revisada, ampliada y puesta al día. Barcelona: Bosch, 1989. v. 1.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: RT, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev. atual. e ampl. até 1 de março de 2006. São Paulo: RT, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: RT, 2002.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

OLIVEIRA, Euclides. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PAZ, Enrique Martinez. **Dalmacio Vélez Sarsfield y El Código Civil Argentino**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 1. ed. Edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 6.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Atual. com base no novo código civil por Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. Édition nouvelle refondue par Georges Ripert et Jean Boulanger. Deuxième Édition. Tome Troisième. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968. v. 55.

_____. **Tratado de direito privado: parte especial**. 1. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. v. 9.

_____. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de lei e outras proposições**. Disponível em: <<http://www. www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2007.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial - doutrina e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 6 ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: RT, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: lei nº. 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Manuel. **A posse: estudo de direito civil português**. 4. ed. rev. anot. e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Almedina, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

ROSA, Alcides. **Noções de direito civil: todo o direito civil num só volume**. 6. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1952.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6. edição italiana, com notas remissivas aos códigos civis brasileiro e português pelo dr. Ary dos Santos. São Paulo: Livraria Académica Saraiva. v. 3.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Maria de Fátima Alfen da. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Causas da separação judicial**. Monografia entregue ao Prof. Dr. Nelson Luiz Pinto quando da conclusão da disciplina Direito de Família I. PUC/SP: 2006.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=separa%E7%E3o+e+culpa&&b=JUR2&p=true&t=&l=10&i=13>>. Acesso em: 10 jun. 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

TORRENTE. Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. Quindicesima edizione. Milão: Giuffrè, 1997.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Trentesima nona edizione aggiornata con le riforme e la giurisprudenza. Padova: CEDAM, 1999.

TRIARCA, Francesco. **Elementi di diritto civile**. Decima edizione. Milano: Libraio Della Real Casa, 1916.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 18 jun. 2007.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 11 jul. 2007.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. Undicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VELOSO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens**. *in* Direito de família contemporâneo. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 23. ed., 3. tiragem. Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 13. ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com referências ao projeto de Código Civil, com colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZANNONI, Eduardo A. **Derechos de las sucesiones**. 3. ed. amp. y actual. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982. v. 1.

_____; BOSSERT, Gustavo A. **Manual de derecho de familia**. 5. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Depalma, 1999.